

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

FERNANDO JOSÉ GONÇALVES

**AS AUTORIDADES REGULATÓRIAS BRASILEIRAS E SEUS
RELACIONAMENTOS COM AS DEMAIS ENTIDADES DO PODER PÚBLICO**

**CURITIBA
2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

FERNANDO JOSÉ GONÇALVES

**AS AUTORIDADES REGULATÓRIAS BRASILEIRAS E SEUS
RELACIONAMENTOS COM AS DEMAIS ENTIDADES DO PODER PÚBLICO**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre.**

**CURITIBA
2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

FERNANDO JOSÉ GONÇALVES

**AS AUTORIDADES REGULATÓRIAS BRASILEIRAS E SEUS
RELACIONAMENTOS COM AS DEMAIS ENTIDADES DO PODER PÚBLICO**

**Dissertação aprovada como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre,
no Curso de Pós-Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, pela
Comissão formada pelos professores:**

ORIENTADOR:

PROF. DOUTOR EGON BOCKMANN MOREIRA (UFPR)

Prof. Doutor Alexandre Ditzel Faraco (PUC/PR)

Prof. Doutor Alvacyr Alfredo Nicz (UFPR)

Prof. Doutor Rodrigo Xavier Leonardo (Suplente/UFPR)

Curitiba, 13 de Março de 2008.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
SUMMARY.....	viii
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 - A função regulatória.....	3
1.1.O Estado regulador.....	5
1.2.Regulação no cenário brasileiro.....	10
1.3.Noção de regulação.....	13
1.4. Modalidades.....	15
1.4.1.Aspectos materiais.....	15
1.4.1.1. Regulação concorrencial.....	17
1.4.1.2. Regulação técnica ou prudencial.....	19
1.4.1.3. Regulação econômica <i>strictu sensu</i>	21
1.4.2.Abrangência.....	22
1.4.2.1. Regulação setorial.....	22
1.4.2.2. Regulação transversal.....	23
1.4.3.Aspectos procedimentais.....	24
1.4.3.1.O processo de formação da norma reguladora e a participação dos interessados.....	24
1.4.3.2 Os procedimentos decisórios.....	27
1.4.3.3.Processo fiscalizador e sancionatório.....	28
CAPÍTULO 2 - As autoridades regulatórias.....	31
2.1.Natureza jurídica e abordagem legislativa brasileira.....	32
2.2.A autonomia e independência.....	33
2.2.1.As agências reguladoras independentes.....	37
2.3.Agências reguladoras subordinadas?.....	37
2.4.. Especialização técnica.....	40
2.5.Atuação normativa.....	41
2.5.1.A discricionariedade administrativa.....	42
2.5.2.Os limites da atuação discricionária regulatória.....	46

CAPÍTULO 3 - A alocação de competências.....	48
3.1 Critérios de alocação.....	48
3.1.1.Eficiência.....	48
3.1.2.Risco de captura.....	49
3.1.3.A centralização de atribuições (<i>one stop shop</i>).....	52
3.2.A complementaridade de competências.....	52
3.2.1.Modelos de repartição de competências.....	53
3.3 Sobreposições e conflitos.....	55
CAPÍTULO 4 - Os relacionamentos horizontais.....	59
4.1.As autoridades e os demais entes da Administração Pública.....	59
4.1.1.Rrelação com os órgãos de proteção do consumidor.....	59
4.1.2. Participação no processo legislativo.....	64
4.1.3 Atuação na esfera jurisdicional.....	65
4.2.Interação entre as autoridades regulatórias.....	66
4.3.Instrumentos de integração e alinhamento.....	68
4.3.1.Convênios operacionais.....	68
4.3.2.Contratos de gestão.....	70
CAPÍTULO 5. - O controle e coordenação da atividade regulatória.....	74
5.1.O controle da atuação.....	74
5.1.1.A autotutela.....	74
5.1.2.O controle externo e o Tribunal de Contas da União.....	75
5.1.3.A revisão judicial.....	77
5.1.4.O recurso hierárquico impróprio.....	79
5.2. Papel do planejamento e das políticas públicas.....	81
5.3 Coordenação das atividades e o Projeto de Lei 3.337/04.....	84
5.3.1.Adequação da autonomia em relação aos Ministérios.....	85
5.3.2 Relevância da transparência e da participação.....	87
5.3.3.A representação dos consumidores/usuários.....	89
5.3.4.Interação para a defesa da concorrência.....	90
5.3.5.A interação entre as agências não federais e agências instituídas pelos demais entes federativos.....	92
CONCLUSÃO.....	94
BIBLIOGRAFIA.....	98

RESUMO

O presente trabalho visa à abordagem dos relacionamentos das autoridades regulatórias brasileiras com as demais entidades do poder público, sob a perspectiva de uma possível coordenação geral da atuação daquelas autoridades como tentativa de assegurar a conformidade de suas atividades às políticas públicas estatais. Pela análise das interações de que participam estas autoridades, procurou-se verificar a relevância da alocação de competências regulatórias e os mecanismos de controle sobre sua atuação, bem como a análise de propostas para esta coordenação geral constantes do Projeto de Lei 3.337/04.

Palavras-chave: Direito; Agências Reguladoras; Políticas Públicas; Autoridades Regulatórias; Autarquia; Direito Econômico, Direito Administrativo; Competências Regulatórias; Regulação.

SUMMARY

This work aims the study of the relationship between the Brazilian regulation authorities and other public entities, under the perspective of a possible general coordination of such authorities as an effort to ensure the consistency between their activities and the governmental public policies. By the analysis of these authorities' interfaces, this work intends to investigate the relevance of the definition of regulation attributions and the mechanisms of control of their activities, as well as the analysis of the proposals for this general coordination included in the Federal Law Project nr. 3.337/04.

Keywords: Law; Regulatory Agencies; Public Policies; Regulation Authorities; Autarchy; Economic Law, Administrative Law; Regulatory Attributions; Regulation.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelo apoio, carinho e dedicação que sempre me deram força para superar os momentos mais difíceis.

Aos professores Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, Angela Cássia Costaldello, Liana Maria da Frota Carleial, Eduardo de Oliveira Leite e Ivan Guérios Curi, com os quais tive a grata oportunidade de aprendizado e desenvolvimento de conhecimentos de forma ímpar.

Aos colegas de mestrado que sempre abrilhantaram as discussões e em muito contribuíram para a evolução de muitas das idéias aqui expostas.

Ao Professor Egon Bockmann Moreira, pela paciência, compreensão e apoio na atividade de orientação deste trabalho.

Aos colegas de trabalho que, quer pelas palavras de incentivo, quer pelo apoio com idéias e informações, contribuíram para a realização deste texto e, em especial, a Edson Fernandes Junior, chefe e amigo, pela compreensão em minhas não raras ausências para atendimento aos compromissos do curso de mestrado e pelas idéias e discussões acerca deste tema.

A todos os colaboradores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e em especial aos coordenadores do curso Aldacy Rachid Coutinho e Eroulths Cortiano Junior, pela sempre gentil atenção e dedicação dispensada aos alunos.

Àquelas pessoas especiais, que surgem em nossa vida no momento em que mais precisamos, para ajudar-nos a seguir em frente.

INTRODUÇÃO

A estrutura regulatória brasileira tem sido objeto de significativas discussões jurídicas. Aspectos como a legitimidade das autoridades, seu grau de autonomia e independência, o caráter normativo de sua atividade e os limites de sua atuação têm demandado dos juristas brasileiros grandes reflexões acerca do papel da regulação no Estado brasileiro.

Neste ambiente, a descentralização da função regulatória em autoridades dotadas de diversos graus de autonomia e independência foi a solução adotada para atender à especificidade e dinâmica dos setores regulados, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Na verdade, o controle por ente descentralizado parece ser preferível sempre que pressupõe conhecimentos técnico-científicos ou importa no acompanhamento de tarefas econômicas ou financeiras”¹.

Tal fenômeno trouxe ao ambiente jurídico brasileiro intensas discussões fomentadas pela necessidade de entendimento dos novos institutos dele decorrentes, bem como da compatibilização de seus aspectos com os conceitos e fundamentos clássicos do Direito Administrativo, ou como afirma Alexandre dos Santos Aragão:

...uma das mais fortes razões da riqueza teórica e prática do estudo das agências reguladoras independentes no Brasil é o fato de, sob o ângulo da conjuntura em que vivemos, impor a retomada de velhas polêmicas, uma nova visão de institutos clássicos e o conhecimento de fenômenos normativos ainda em consolidação².

Ainda que tais aspectos inerentes às agências ainda careçam de consolidação teórica, fato é que tais entes têm atuado significativamente na modificação do comportamento dos agentes de mercado por intermédio do exercício de seu poder normativo, fiscalizador e disciplinador.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.) **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p.134.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.3.

Nesta atuação, além das relações com o mercado e sociedade naturalmente decorrentes do exercício de suas funções, estas autoridades são atores de indispensáveis relacionamentos com demais entidades públicas, não só na esfera do poder executivo, mas também nas demais esferas do poder legislativo e judiciário.

Considerando-se que as modalidades de controle e cooperação presentes em tais relacionamentos consistem em um campo fértil para a discussão da necessidade de uma coordenação geral da atuação destas autoridades, propõe-se no presente texto a análise dos aspectos jurídicos que possam interferir no comportamento destas autoridades em sua interação com as demais entidades públicas.

Deste modo, pela abordagem descritiva da natureza jurídica e características destas autoridades, os critérios de alocação de suas competências, as espécies e instrumentos de interação entre si e com os diversos órgãos do poder público e, por fim, as modalidades de controle e coordenação a que estão sujeitas, objetiva-se contribuir para o estudo da atividade regulatória brasileira, tema que, quer pela sua relevância, quer pela atualidade, parece merecer um crescente espaço nas pesquisas jurídicas brasileiras.

CAPÍTULO 1 - A função regulatória

No curso da evolução do capitalismo, o complexo de relações entre o poder estatal, o mercado e a sociedade, sofreu mutações resultantes das tensões decorrentes de suas interações, que determinaram a necessidade constante de se repensar o papel do Estado.

Tais mutações basicamente visaram à adaptação da atuação estatal para garantir desenvolvimento e estabilidade, diante das dificuldades impostas durante as intensas transformações dos mercados decorrentes dos fenômenos sociais (com guerras e conflitos), econômicos (como crises e escassez) e da evolução tecnológica (como na industrialização e informatização).

Neste processo, como observa Adam Przeworsky, o Estado e o mercado atuam como os principais agentes de disposição de recursos em uma sociedade:

...existem dois mecanismos mediante os quais os recursos são alocados para usos diversos e distribuídos para os consumidores: o mercado e o Estado. No mercado, recursos produtivos (capital, terra e capacidade de trabalho) são alocados por seus proprietários e a distribuição do consumo resulta de interações descentralizadas. O Estado, porém, também pode alocar e distribuir, agindo sobre aqueles mesmos recursos que constituem a propriedade privada. Estado podem não somente taxar e transferir, mas também regular os custos e benefícios relativos, associados a decisões privadas. Portanto, há no capitalismo uma tensão permanente entre o mercado e o Estado¹.

Portanto, ao se abordar tal conjunto de atividades – alocação e distribuição de recursos como componente indispensável para o atingimento do bem comum – surge automaticamente o interesse do Estado em lhe conferir direcionamento, pelas mais diversas formas de atuação estatal.

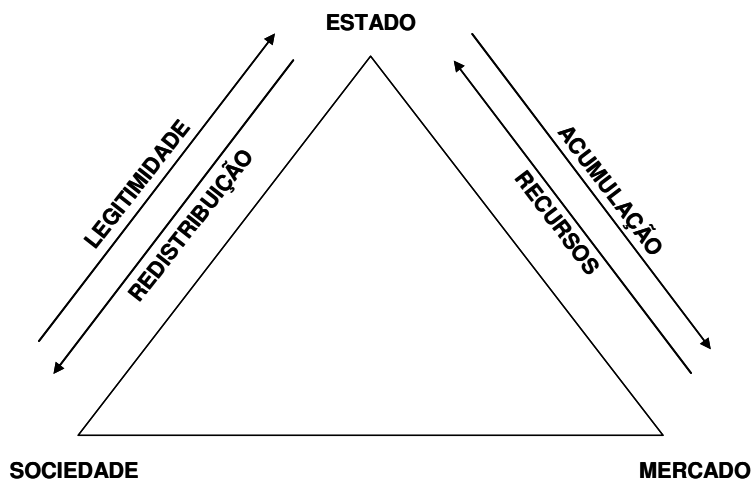
Tal atuação é orientada por políticas públicas que são implementadas por intermédio de diversos mecanismos, tais como a tributação, os investimentos, as restrições, etc., e visam conferir às decisões privadas dos agentes do mercado o

¹ PRZEWORSKI, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 7.

direcionamento desejado para o atingimento dos objetivos constantes dessas políticas.

Esta dinâmica cria uma relação em que se podem identificar dois pólos distintos: o direcionamento do fundo público resultante das atuações do Estado no âmbito da tributação, e os recursos privados resultantes da acumulação de capitais que circulam de acordo com o direcionamento de seus proprietários.

O diagrama abaixo procura demonstrar a condição de interdependência entre o Estado e o mercado, uma vez que acumulação e legitimação tornam-se as condições chaves de reprodução do sistema capitalista e na busca de tal objetivo, o aparato estatal teve constantemente, no curso da História, que desenvolver os mecanismos idôneos para garantir a acumulação e simultaneamente prover-se dos recursos necessários para, por intermédio da redistribuição destes recursos, garantir a legitimidade do poder estatal.



* Figura 1: Autoria própria.

A existência de interesses opostos em cada um dos pólos das relações demonstradas acima é evidenciada por Claus Offe:

Cresce com a aceitação pelo Estado de tarefas adicionais de coordenação e de direção, sua necessidade de legitimação, diminuindo inversamente a probabilidade de que a política estatal possa executar essas tarefas

ampliadas, sem provocar contra si uma maciça mobilização de interesses contrariados.²

A função regulatória, neste contexto, apresenta-se como um dos relevantes mecanismos pelo qual o Estado procura atender a este equilíbrio. Em especial no cenário brasileiro adquire suma relevância pela necessidade de sua intensificação verificada a partir da década de noventa.

Neste período, diante da densa corrente privatizadora, a introdução de novos meios de exercício da intervenção estatal na atividade econômica, como a instituição das agências reguladoras, surge como solução à necessidade de adaptação do aparato estatal a essa mudança.

1.1 Estado regulador

Até a primeira metade do século XIX, com a Revolução Industrial impulsionando o liberalismo clássico, o papel do Estado frente à economia refletia a tendência de intervenção mínima, ou seja, adstrita às questões ligadas principalmente à segurança à justiça, deixando-se a atividade econômica sob o manto de seu próprio equilíbrio.

Tratava-se do Estado guarda-noturno, apenas zelando para garantir a segurança e a ordem, porém sem interferir nas relações econômicas, ou como afirma Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins:

O equilíbrio natural da sociedade, que resultaria do puro reconhecimento dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos – livre contratação, livre empresa e iniciativa econômica, concorrência, livre circulação – bem como da autonomia de gestão e de actuação de cada cidadão, não poderia nem deveria ser perturbado pela intervenção externa e intrusiva do Estado, fosse enquanto agente econômico, fosse a título de regulador do mercado.³

² OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.269.

³ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.) **Estudos de regulação pública** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 173.

Durante a segunda metade do século XIX, o Estado viu-se obrigado a desempenhar determinadas funções que lhe impeliu a interferir diretamente na atividade econômica. As necessidades de infra-estruturas, cuja lógica das decisões privadas não supria, demandaram uma reorientação da atuação pública para o desempenho destas atividades em prol do desenvolvimento econômico.

Tal forma de atuação veio a se consolidar após a Segunda Grande Guerra, pela assunção pelo Estado não só das atividades de infra-estrutura, mas daquelas de caráter social e atividades econômicas ligadas ao atendimento às necessidades básicas de saneamento, produção, distribuição, etc.

Ressaltem-se, neste ponto, duas abordagens distintas para execução destas novas atividades no que tange à titularidade: Nos Estados Unidos da América, tais atividades permaneceram na esfera privada, porém sob regime de monopólio, enquanto na Europa, tal titularidade foi assumida pelo Estado:

No direito norte-americano, adoptou-se uma solução privada, instituindo-se os “monopólios privados regulados” no sector das *public utilities*. Assim, as novas actividades económicas ligadas a redes foram assumidas como actividades privadas sujeitas a regulação pública. No velho continente, o Estado assumiu a titularidade dessas novas tarefas, que, por essa razão, viriam a ser qualificadas como *tarefas de serviço público*.⁴

Como explica Marçal Justen Filho, há no Estado de bem-estar uma expansão da atuação estatal para atividades antes restritas à esfera privada:

Ao longo do século XX, a ideologia do Estado de Bem-Estar significou a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social. O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais, remodelou o mercado e comandou a renovação das estruturas sociais e económicas.⁵

Apesar dos avanços sociais obtidos com este modelo, no intento de prover os serviços necessários ao bem estar exigia-se cada vez mais das provisões estatais, que mostraram-se insuficientes para proporcionar atendimento às crescentes demandas. Tal fenômeno culminou em na crise fiscal ocasionada, conforme ressalta

⁴ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.) **Estudos de regulação pública** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 180.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 17.

Marçal Justen Filho, principalmente pelo crescimento demográfico e ineficiência das atividades assumidas pelo Estado: “A multiplicação da população e a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado contribuíram decisivamente para o fenômeno denominado “crise fiscal”⁶.

Com a degradação de políticas públicas sociais, sob justificativa de uma crise financeira que exigia do Estado reestruturações, que com a deficiência em caixa implicavam necessidade freqüente de captação de recursos junto ao setor privado e com o agravamento da crise do petróleo que sobreveio na década de 70, o Estado do Bem-Estar Social entrou em grave recessão. Emerge uma forte crise fiscal, caracterizada pela situação de insolvência governamental. Os projetos relacionados ao bem-comum foram descontinuados pelo déficit orçamentário. Instaurou-se uma deterioração dos serviços e estruturas estatais.

Como consequência, a escola neoclássica passa a despontar, abrindo o espaço necessário para implantação dos objetivos de redução do escopo de atuação do Estado, principalmente para o combate da inflação e endividamento.

A escola neoclássica teve como seus principais executores os governos Reagan nos Estados Unidos e Margareth Thatcher na Inglaterra, apontando a para a necessidade de redimensionamento da máquina estatal, iniciando o fenômeno liberalizador:

Aunque la frase “The less government, the better” no dejó de ser eso, una frase, lo cierto es que en la década de ochenta los gobiernos Thatcher y Reagan señalaron un rumbo que se convirtió en una ola imparable: el movimiento liberalizador.⁷

O processo de globalização iniciado por empresas multinacionais, a modernização tecnológica dos meios de produção e telecomunicação e a flexibilização dos direitos trabalhistas, tornaram possível à iniciativa privada assumir em estruturas competitivas as atividades anteriormente exercidas pelo Estado sob a forma de serviços públicos, ou daquelas organizadas sob a forma de monopólios privados.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 19.

⁷ ARIÑO, Gaspar; CUÉTARA, Juan Miguel de la; NORIEGA, Raquel. **Nuevo papel del Estado em sectores regulados**. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005, p. 38.

Tal movimento não implica no completo retorno ao mecanismo liberal clássico de sujeição das atividades exclusivamente às regras naturais dos mercados e sim do posicionamento do Estado em uma situação intermediária, mantendo sua responsabilidade de garantir o desenvolvimento e fornecimento das atividades liberalizadas. Como acentua Marçal Justen Filho:

O Estado transfere para a iniciativa privada um conjunto significativo de encargos. Mas a pura e simples redução da participação estatal direta não pode corresponder ao retorno às concepções liberais. É imperioso que os valores fundamentais sejam realizados, mesmo que sem a atuação estatal direta. A única solução reside em o Estado disciplinar juridicamente os limites da autonomia privada, funcionalizando o desempenho das atividades econômicas relevantes e relacionadas com a satisfação de necessidades coletivas.⁸

Desta forma, a reorganização dos serviços públicos ou monopólios privados regulados em estruturas competitivas de agentes privados veio acompanhada da responsabilidade por controlar, fiscalizar e garantir a correta atuação destes agentes e superação das denominadas “falhas de mercado”, que ocorrem na hipótese de ineficiência das regras auto-ajuste do mercado.

Adotando-se a lição de Paulo Todescan Lessa Mattos⁹, o Estado dispõe, numa perspectiva econômica, de métodos voltados à correção das falhas de mercado e de estabilização e desenvolvimento econômico: controle do poder monopolista, controle de informações inadequadas, correção de problemas de ação coletiva, controle de lucros inesperados, eliminação de competição excessiva, controle de escassez, controle de problemas de representação, solução de problemas distributivos e planejamento econômico.

Registre-se que, além da perspectiva econômica, cabe ao Estado desenvolver o papel de garantir o funcionamento de determinados serviços indispensáveis, vendo-se obrigado a regular não só a composição competitiva dos mercados, mas também a segurança, estabilidade e ampla acessibilidade aos serviços:

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito regulatório. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 6, n. 61, mar. 2006, p. 6.944.

⁹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 20.

Ao início, a regulação visava prevenir preços abusivos em mercados dominados por monopólios naturais. Progressivamente, sentiu-se a necessidade de se ampliar a função dos órgãos reguladores; reagiram os legisladores à demanda vinda de camadas da população de baixa renda, por essa razão incapazes de atrair a oferta sobretudo de serviços regulados. Começou-se por estipular em lei o dever de universalização desses serviços, ou seja, a sua extensão àquelas camadas da população, inscrevendo-o o legislador, entre as atribuições do órgão regulador, este dever de natureza predominantemente social.¹⁰

A efetividade no resultado de tais ações está intimamente ligada com estrutura regulatória desenvolvida pelo Estado, uma vez que um dos principais desafios mostra-se compatibilizar a máquina estatal com a dificuldade de especialização técnica para o correto entendimento, controle e adaptação à dinâmica tecnológica e econômica presentes nos setores regulados.

A resposta a esse desafio veio sob a forma de descentralização das atividades estatais, com a criação de corpos técnicos especializados dotados de relativa independência e com um processo de estabelecimento de regras de controle mais flexível, seguindo-se a tendência de organização do Estado de forma policêntrica evidenciado por Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva:

Assiste-se, hoje, à queda ou mitigação do chamado modelo estatocêntrico, ou seja, à supressão de uma realidade em que as decisões do Estado são tomadas do modo mais centralizado possível – como se o poder brotasse de uma só fonte. Vislumbra-se, em oposição a este modelo, o advento de um Estado com perfil policêntrico, é dizer, cujas decisões são tomadas, cada vez mais, de forma descentralizada, multiplicando-se os núcleos de onde emana poder.¹¹

A efetividade da operacionalização estatal da função regulatória passa, portanto, necessariamente pela análise da forma de constituição, coordenação e comportamento das autoridades responsáveis pela execução desta atividade.

¹⁰ DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados** – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 292.

¹¹ SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da concorrência e regulação de serviços públicos. **Revista eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, p. 3, 2005.

1.2 Regulação no cenário brasileiro

Ainda que a idéia de uma política de redução do Estado no Brasil esteja diretamente ligada à década de 90, os primeiros movimentos neste sentido se deram ainda na vigência do governo militar.

Em 1979 foi publicado o Decreto nº 83.740, que institui o Programa Nacional de Desburocratização, voltado a reduzir a interferência do Governo na economia e o fortalecimento da livre iniciativa, minimizando o crescimento da então saturada estrutura estatal.

Em 1981, foi criada a Comissão Especial de Desestatização, objetivando-se a venda de empresas estatais no Brasil e após o Programa de Privatização, com os Decretos nºs 91.991/85 e 93.606/86, e o Programa Nacional de Descentralização, com o Decreto nº 95.886/88, visando-se a transferência de atividades econômicas para os particulares e a concessão/permissão de serviços públicos.

O fenômeno de hipertrofia do Estado brasileiro pela ampliação das atividades prestadas para o atendimento do bem-estar contribuiu para a formação de um cenário de crise:

O grande crescimento que o aparelho do Estado se impusera para que pudesse garantir os direitos sociais exigia que o fornecimento dos respectivos serviços de educação, saúde, previdência e assistência social fosse realizado com eficiência. Essa eficiência tornava-se, inclusive, condição de legitimidade do próprio Estado e de seus governantes.

(...)

Estava claro, porém, que a grande crise que o país enfrentava desde os anos 1980 era uma crise de Estado – uma crise fiscal, administrativa e de sua forma de intervenção na economia.¹²

Duas foram as respostas à premente necessidade de readequação da dimensão da máquina estatal: desestatização e reforma estatal.

A primeira iniciou-se com a edição da Medida Provisória nº 155/90, convertida na Lei 8.031/90, criando o Programa Nacional de Desestatização, buscando, sobretudo, impulsionar também a abertura da economia brasileira e a

¹² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia pública e reforma gerencial. **Revista do Serviço Público**, número comemorativo dos 50 anos, 2007, p. 33-34.

integração no mercado internacional, tornando as indústrias mais competitivas, como manifestado em seu artigo 1º, que trazia os objetivos do programa:

Art. 1º. – É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.¹³

Com as Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995, nº 8, de 15 de agosto de 1998 e nº 9, de 9 de novembro de 1998, consolida-se a possibilidade de execução dos serviços públicos por empresas privadas e elimina o monopólio estatal sobre a atividade de exploração do petróleo.

Outro importante aspecto presente nestas Emendas – a exigência de criação de órgãos públicos reguladores destas atividades – é evidenciado por Caio Tácito: “É importante assinalar que essas Emendas, ao mesmo passo em que abrem portas ao capital privado, determinam, de modo expresso, a criação, em lei, de um órgão público regulador da atividade privada”.¹⁴

Paralelamente, a situação do Estado brasileiro ainda demandava a revisão estrutural de sua atuação. Como ressalta Luiz Carlos Bresser-Pereira ao comentar a Reforma do Estado de 1995:

O grande crescimento que o aparelho do Estado se impusera para que pudesse garantir os direitos sociais exigia que o fornecimento dos respectivos serviços de educação, saúde, previdência e assistência social

¹³ BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 abr. 1990.

¹⁴ TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, n. 221, jul/set. 2000, p. 3.

fosse realizado com eficiência. Essa eficiência tornava-se, inclusive, condição de legitimidade do próprio Estado e de seus governantes.¹⁵

Foi com o Plano Diretor da Reforma do Estado, levado a efeito a partir de 1995, que um intenso processo de reformulação do aparelho estatal culminou na reorganização e descentralização de atividades administrativas.

O movimento de transferência de atividades estatais à iniciativa privada não dispensou o Estado de controlar as atividades consideradas essenciais ao desenvolvimento, pois como afirma Eros Roberto Grau, "... qualquer política de desregulamentação haveria de estar calcada sobre a construção de um novo modelo de regulação."¹⁶

Tal necessidade de exercício de uma atividade voltada à regulação destes mercados culminou na criação de autoridades independentes e dotadas de conhecimentos técnicos específicos que possibilitassem a realização de tal tarefa. Tais autoridades foram denominadas no Brasil de agências reguladoras, como afirma Almiro do Couto e Silva:

As privatizações também deram causa, entre nós, ao ressurgimento das autarquias, qualificadas como especiais porque independentes, mas também porque investidas de poderes peculiares, sobretudo de poderes reguladores e, por isso mesmo, batizadas de "agências reguladoras", em homenagem ao símile norte-americano tomado como modelo.¹⁷

Convergem, portanto, as necessidades identificadas no processo de desestatização e de reforma do Estado, para a criação de autoridades capazes de conduzir os interesses estatais no desenvolvimento das atividades pela iniciativa privada.

¹⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia pública e reforma gerencial. **Revista do Serviço Público**, número comemorativo dos 50 anos, 2007, p. 33.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 147.

¹⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício das funções públicas por particulares: serviço público "à brasileira"? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, p. 55, out./dez.2002.

1.3 Noção de regulação

Cabe antes de se avançar na categorização das modalidades de regulação, fixar alguns pontos acerca do conceito de regulação.

Regulação no sentido proposto no presente estudo, primeiramente afasta-se da concepção de regulamentação, ou seja, da atividade normativa executiva infra-legal. Trata-se aqui de conceito de maior amplitude, como afirma Marçal Justen Filho: “o conceito de “regulation” é muito mais amplo e qualitativamente distinto, conduzindo à utilização da expressão “regulação” ao invés de “regulamentação”¹⁸, ainda que a regulamentação possa muitas vezes ser utilizada com o propósito de regulação, dada a necessidade de edição de normas infra-legais para determinação de comportamentos dos agentes de mercado.

Desta forma, além da atuação normativa, há relevante conteúdo na função regulatória manifestado pela atuação no uso do poder de polícia e muitas vezes judicante. Marcos Juruena Villela Souto aponta esta característica composta (do ponto de vista da tripartição dos poderes) da atividade regulatória: “embora a função regulatória também envolva editar normas, a isso não se limita, já que a ela é inerente uma função “quase legislativa”, “quase executiva” e “quase judicial”¹⁹.

Por intermédio desta atuação composta, o Estado passa a determinar aos agentes privados comportamentos que seriam naturalmente observados em se tratando de um mercado idealmente equilibrado pelas suas próprias regras, reconhecendo-se neste contexto a regulação como substitutivo destas regras quando de sua ineficiência. Como afirma Vital Moreira:

...o essencial do modelo de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras de mercado.²⁰

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 15.

¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002, p. 4.

²⁰ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Medina, 1997, p. 36.

Tal substituição, como observa Ariño, Cuétara e Noriega, deve “...transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes e el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir estándares de calidad y seguridad y, en la medida que sea necesario, fijar los precios.”²¹

Nota-se nessa observação a existência de um elemento relevante para análise do conceito da regulação: a orientação dos agentes aos objetivos políticos buscados. Ou seja, a regulação pode ser abordada como instrumento de implementação de políticas públicas e, como tal, torna-se um mecanismo de atingimento de objetivos não somente econômicos, mas também sociais.

Ainda que a simulação de um mercado ideal apontasse para uma solução apropriada na relação produtores/consumidores, caberia uma verificação de seu alinhamento com o objetivo social a ser implementado pelo Estado delineado em suas políticas públicas.

Cite-se ainda, neste sentido, a afirmação de Floriano de Azevedo Marques Neto:

À idéia de regulação, subjaz, necessariamente, a idéia de sistema. A regulação exercida pelo Estado pressupõe ou o sistema econômico como um todo (e, nele, os valores da defesa da concorrência e dos direitos do consumidor), ou a identificação de um subsistema econômico, correspondente a um elo da cadeia econômica ou uma determinada indústria (e, dentro destes subsistemas, os valores que justificam a incidência regulatória como, por exemplo, o uso racional de um bem escasso, objetivos de políticas públicas específicas, hipossuficiências sociais e econômicas, etc.)²²

Para estabelecimento de uma noção de regulação que norteará o presente trabalho, entende-se por regulação *a atividade estatal de estabelecimento de regras destinadas a modificar o comportamento dos agentes econômicos objetivando, de forma artificial, promover o equilíbrio nos mercados e seu alinhamento com as opções de políticas públicas*. Guardando similaridade, portanto, com o conceito operacional de regulação de Vital Moreira: “o estabelecimento e a implementação de

²¹ ARIÑO, Gaspar; CUÉTARA, Juan Miguel de la; NORIEGA, Raquel. **Nuevo papel del Estado em sectores regulados**. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005, p. 38.

²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 10 dez. 2007.

regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos.”²³

1.4 Modalidades

A atividade regulatória pode ser abordada de diversas formas. Várias são as perspectivas em que o Estado, visando o controle e normatização das atividades econômicas, intervém no mercado para a execução de suas políticas públicas. Quanto às modalidades de regulação, propõe-se para o presente estudo a classificação da atividade regulatória em três principais aspectos:

- o aspecto material, ou seja, pelo tipo de conteúdo inserido no exercício da função regulatória;
- a abrangência da regulação, visando determinar o universo a ser atingido pelos atos regulatórios;
- o aspecto procedimental, identificando os instrumentos e mecanismos utilizados para atingir os objetivos contidos na atividade regulatória.

Ainda que não haja linhas tão bem definidas entre tais aspectos, a visualização da atividade regulatória por estes prismas pode contribuir para determinar a forma de atuação das autoridades no exercício desta competência.

1.4.1 Aspectos materiais

Uma primeira forma de classificação das modalidades de regulação se refere ao seu conteúdo material, ou seja, o objeto que será atingido pelo conjunto de regras e orientações definidos na regulação, que, conforme ressalta José Matias-Pereira, manifesta as principais funções de coordenação dos agentes privados pelo Estado: a regulação setorial e a defesa da concorrência:

²³ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Medina, 1997, p. 34.

A regulação setorial e a defesa da concorrência nas economias de mercado estão entre as principais funções que o Estado desempenha e se apresentam como uma atividade da maior importância para as empresas e para a economia em geral.²⁴

Em que pese a existência de algumas regiões cinzentas, em geral aponta-se para o estabelecimento de uma polarização da regulação, na qual de um lado figuraria a regulação técnica (específica para cada setor) e de outro, a regulação concorrencial, comum a todos os setores.

Entretanto, conforme afirma Marques, Almeida e Forte, entre estes dois pólos, e com fronteiras não tão bem definidas, encontra-se a regulação econômica, a qual pode atender tanto os objetivos da regulação técnica, quanto da regulação concorrencial:

Por seu turno, a regulação econômica diz respeito ao conjunto de medidas destinadas a controlar o monopólio de preços, assegurar níveis apropriados de investimento para propiciar a renovação tecnológica, garantir a proteção do consumidor e definir cláusulas de acesso não discriminatório a redes básicas.²⁵

A regulação econômica no sentido aqui empregado não se confunde com a defesa da concorrência, ainda que possa atender a esta finalidade, o principal objetivo é a preservação do equilíbrio e desenvolvimento do sistema regulado coibindo abuso de preços, escassez dos investimentos e acessibilidade. Sugere uma regulação mais voltada às consequências do comportamento do mercado para a sociedade, que propriamente a estrutura competitiva do mercado regulado.

Ainda que se possa identificar modalidades de regulação a partir de seu conteúdo, não raro ocorrem situações híbridas em que a solução regulatória visa atender aspectos materiais inerentes a uma e outra modalidade. Opções técnicas, como, por exemplo, a escolha da tecnologia da rede de telefonia ou de transmissão de sinais televisivos, podem afetar significativamente a estrutura competitiva de um determinado setor.

²⁴ MATIAS-PEREIRA, José. Defesa da Concorrência e Regulação Econômica no Brasil. **Revista de Administração Mackenzie**, ano 5, n.1, São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, p. 44, 2004.

²⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação setorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE** 9, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 197.

Neste âmbito, por exemplo, pode-se cogitar que a decisão de caráter técnico em optar pela melhor tecnologia, não seria adequada se excluísse uma vasta gama de competidores afetando o equilíbrio concorrencial naquele setor.

Não obstante este fato, a classificação das atividades regulatórias em modalidades auxilia no processo decisório de alocação de competências aos agentes reguladores para exercício destas atividades, bem como identificar, ao menos, predominâncias em cada solução regulatória.

1.4.1.1 Regulação concorrencial

O primeiro pólo desta análise refere-se à defesa da concorrência, cujo objeto é garantir uma estrutura competitiva saudável nos mercados regulados, bem como inibir condutas anticompetitivas dos agentes destes mercados.

A principal finalidade é inibir a possibilidade de abuso do poder econômico dos agentes de mercado, quer pela possibilidade de práticas, tais como preço predatório ou limitação de acesso aos concorrentes a insumos ou estruturas essenciais, quer pelo posicionamento estruturalmente não competitivo do agente no mercado por intermédio, por exemplo, da aquisição de concorrentes visando a concentração de sua participação no mercado.

Para tanto, como afirma Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

A aplicação das normas antitruste toma por base teorias econômicas elaboradas para explicar e prever o funcionamento dos mercados a partir de sua estrutura, isto é, de fatores como o processo de produção, as características da demanda e da oferta, da distribuição, entre muitos outros, apontando como esses fatores influenciam o processo de concorrência.²⁶

A polarização entre a situação de monopólio – em que o agente de mercado teria total possibilidade de fixação de preços com plena liberdade de atuação – e a situação de concorrência perfeita – em que pequenos produtores não têm suficiente poder de mercado para nele interferir e o processo de fixação de preços tenderia a alcançar o ponto mais próximo possível do custo da produção – auxilia na formação

²⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 163.

de parâmetros para determinação dos comportamentos dos mercados e a melhor forma de atuação da regulação concorrencial, quando necessária.

Tal regulação pode se dar tanto em caráter prévio à situação lesiva à concorrência, quanto posterior à existência de tal situação, como lecionam Marques, Almeida e Forte:

A regulação da concorrência pode ser dividida em dois tipos: medidas pró-activas destinadas a promover a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado, incluindo a avaliação periódica do grau de dominação dos mercados; e medidas preventivas (controlo das concentrações) ou reactivas a restrições da concorrência (colusões ou abusos de posição dominante).²⁷

Em outras palavras, a defesa da concorrência consiste na aplicação das normas de concorrência por intermédio de recomendações e incentivos que visem à manutenção do equilíbrio do mercado, a prevenção à formação de estruturas anticompetitivas pelo controle dos atos de concentração (fusões, incorporações, aquisições, etc., que acarrete aumento significativo da participação no mercado), ou ainda a fiscalização e aplicação de penalidades em caso de condutas que lesem ou representem ameaça à concorrência ou de abuso de poder de mercado.

Divide-se esta atuação, como leciona Paula Forgioni, referindo-se à atual Lei Antitruste Brasileira, em dois grandes grupos de execução da defesa da concorrência: a inibição de formação de estruturas nocivas à livre iniciativa e concorrência e fiscalização e punição das condutas anticompetitivas:

...a matéria tratada pela atual Lei Antitruste pode ser apartada em dois grandes blocos: (i) repressão às práticas anticompetitivas (vedação de acordos – horizontais e verticais – restritivos da concorrência, bem como a repressão ao abuso de posição dominante); e (ii) disciplina das concentrações entre agentes econômicos.²⁸

Ainda que haja tecnicidade no exercício de tal competência, pois se exige das autoridades um nível de especialização nos processos de formação das estruturas de mercado, bem como o conhecimento dos fatores determinantes presentes nos

²⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE** 9, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 192.

²⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 144.

comportamentos de seus agentes, não há especialização técnica no sentido do conhecimento operacional (processo de produção, tecnologia, procedimentos de acessibilidade, riscos sistêmicos, etc.) intrínseco a cada setor das atividades econômicas, pois a defesa da concorrência os permeia de forma transversal.²⁹

Justamente por este motivo, pode relacionar-se como vantagem da atribuição de tal atividade de regulação à autoridade responsável pelo controle da concorrência, o fato de que não só visa a aplicação das políticas e regras da defesa da concorrência, mas também que tal aplicação se dê da maneira mais uniforme possível nos mais diversos setores regulados.

No Brasil, a atual estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência formatado pela Lei 8884/94, atribuiu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) – órgão do Ministério da Fazenda – e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) – órgão do Ministério da Justiça, as principais atribuições da defesa da concorrência.

O mesmo diploma legal conferiu ao CADE o status de autarquia federal, dotando-o de destinação orçamentária própria.

1.4.1.2 Regulação técnica ou prudencial

A regulação técnica ou prudencial basicamente surge da necessidade do Estado de controlar e fiscalizar a atuação dos agentes econômicos ligados a setores que, em razão da relevância pública de suas atividades, são considerados como estratégicos para atingimento de objetivos públicos (e.g. Telecomunicações, Energia Elétrica, Serviços de Saúde, etc.).

Tal competência é denominada técnica justamente pela necessidade de completo entendimento das especificidades operacionais de cada setor, tal como sistemas, infra-estruturas, tecnologias e padrões aplicados no desenvolvimento da atividade econômica. Ressalta Marçal Justen Filho:

²⁹ A transversalidade refere-se à abrangência multi-setorial de algumas modalidades de regulação, como, por exemplo, defesa da concorrência, meio ambiente, etc. Conceito abordado mais à frente, no item 1.4.2.2.

...a agência reguladora propicia a especialização do órgão regulatório. Isso significa o aprofundamento do conhecimento acerca dos problemas a enfrentar e das soluções disponíveis, evitando-se soluções produzidas “ad hoc”. O exercício da atividade regulatória deixa de ser uma manifestação impensada para tornar-se objeto de uma disciplina dotada de maior racionalidade. Surge um núcleo organizado, composto por pessoas dotadas de conhecimento comum e aprofundado acerca de determinado assunto.³⁰

Por esta razão, tal competência é essencialmente desenvolvida pela autoridade setorial, a qual deve reunir características de especificidade técnica, objetivando o bom funcionamento do setor e prevenindo-o dos eventuais riscos à segurança e estabilidade das atividades, bem como de riscos sistêmicos, ou seja, da possibilidade de ocorrência de um evento que em razão das interligações de um sistema, afete-o de forma propagada causando impactos em seus componentes, inicialmente não susceptíveis a qualquer alteração. Ou, conforme Thiago Machado Cortez:

...pode-se dizer que a idéia de risco sistêmico, ao menos no que se refere ao setor bancário, se baseia em três elementos: choques, contágio (ou mecanismos de transmissão) e resultados que incluam a possibilidade de quebra de outras instituições financeiras.³¹

Neste sentido, as autoridades descentralizadas dotadas de conhecimento técnico aprofundado do setor realizam o necessário controle da atuação dos agentes envolvidos, definindo regras e limites operacionais que a legislação, quer por sua amplitude, quer pela ausência de velocidade de adaptação não compatível com a dinâmica evolução tecnológica destes setores, tenderia a carecer de eficiência.

Como já mencionado, em vários destes setores a necessidade de regulação adveio do fenômeno privatizador. Cabe ressaltar, entretanto, que existem setores, que em razão de sua relevância e muitas vezes dos aspectos técnicos envolvidos em sua operação, são estruturalmente regulados:

O setor bancário pode ser caracterizado como um dos chamados setores de acesso e permanência controlada. Isso significa que se trata de um setor

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 365.

³¹ CORTEZ, Thiago Machado. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 318.

onde, por diversas razões de ordem pública, a entrada e permanência são controladas. O Estado, para garantir a segurança e integridade física e econômica dos indivíduos e da nação, estabelece condições de entrada e permanência no mercado.³²

Tal como o setor bancário, o setor de aviação civil é outro exemplo de setor que manifesta a necessidade de regulação estrutural dada sua relevância para a segurança nacional, bem como a relação de interdependência de outras atividades econômicas do correto funcionamento deste setor.

Em geral, uma crise no funcionamento destes setores básicos afeta em cascata um grande número de atividades econômicas e tem o potencial de prejudicar o desenvolvimento econômico.

1.4.1.3 Regulação econômica *strictu sensu*

Como mencionado no início deste tópico, entre os pólos das atividades de regulação setorial e de regulação concorrencial, temos uma denominada zona intermediária, na qual se encontram aquelas funções que afetam tanto os aspectos operacionais de funcionamento do setor, quanto seus aspectos concorrenciais.

Basicamente se referem a atuações híbridas, como controle de preços, prevenção de abusos contra o consumidor ou ainda regular questões de compatibilidade de sistemas e infra-estruturas, de modo que não se tornem óbices ao ingresso de novos agentes.

Como define Gesner de Oliveira, trata-se do “estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e/ou serviços regulados.”³³

Neste sentido, justamente pelo fato de se situar em um campo intermediário da atividade regulatória, sua alocação entre as autoridades setoriais ou de defesa da

³² SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.) **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 141.

³³ OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário**. Relatório de Pesquisa n. 49. São Paulo: EAESP/FGV/NPP - Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001, p. 10.

concorrência torna-se bastante discutível, podendo variar em diversos modelos, cuja adoção irá depender do exame da configuração da estrutura regulatória existente, potencial de eficiência das autoridades envolvidas na execução desta competência, bem como do denominado risco de captura³⁴ destas autoridades.

1.4.2 Abrangência

Outro critério de classificação da regulação refere-se ao aspecto da abrangência, vez que pode se restringir a um só setor, tal como ocorre em geral com a regulação técnica, ou ter como objeto um aspecto comum a diversos setores, tal como ocorre na defesa da concorrência. Fala-se, portanto, respectivamente, de regulação setorial e regulação transversal.

1.4.2.1 Regulação setorial

A regulação setorial tem sua origem na necessidade de proteger e desenvolver setores denominados estratégicos aos interesses e políticas do Estado.

Em alguns casos regulação de um setor específico decorre do cenário pós-privatização, no qual o Estado, por intermédio de um regulador, passa a garantir o funcionamento e estrutura adequados àquele setor. Em outros, tratam-se de setores estruturalmente regulados, ou seja, setores que pela relevância de sua estabilidade para a economia, segurança ou desenvolvimento, requerem do Estado um acompanhamento direto, a exemplo do sistema financeiro.

O principal motivo que leva à necessidade de existência de uma regulação de abrangência específica é definitivamente o caráter técnico de cada setor, que se tornaria uma barreira ao regulador transversal para o alcance ao imbricado complexo de operações, sistemas e funcionamento de todos os setores.

³⁴ O risco de captura refere-se à possibilidade de que a proximidade entre regulador e agentes regulados possa influenciar negativamente as soluções regulatórias a atender predominantemente os interesses privados em detrimento à boa técnica regulatória. Conceito abordado com maior profundidade mais à frente, no item 3.1.2.

1.4.2.2 Regulação transversal

Já no que tange à regulação transversal, o raciocínio é inverso. A intenção é regular de forma geral e padronizada os aspectos comuns e gerais presentes nos setores regulados.

Tal como na defesa da concorrência já mencionada no exemplo do diagrama, os sistemas de proteção ambiental e de proteção do consumidor também atingem os setores de forma transversal.

A organização da atividade regulatória com abrangência transversal permite redução da possibilidade de contaminação da atividade regulatória pelos agentes regulados denominado risco de captura, possibilidade de compartilhamento de melhores práticas entre os setores, além de permitir, como já mencionado, uma atuação padronizada no exercício da função regulatória em todos os setores.

Uma das principais críticas da regulação transversal é a possível ausência de conhecimento técnico dos setores regulados, a qual poderia ocasionar o risco de equívoco na solução regulatória que seja adequada aos setores de uma forma geral, porém inadequada para determinado setor em razão de suas peculiaridades.

Cabe, no entanto, mencionar a possibilidade de existência de sub-setores especializados nas autoridades transversais para justamente suprir estas necessidades, como afirma Cesar Ribeiro Ferreira:

A Agência múltipla pode criar dentro de sua estrutura núcleos específicos para cada área de atuação, com as decisões emanadas de um nível hierárquico superior e apoio de unidades especializadas. A Agência múltipla pode, também, buscar apoio em consultoria externa especializada.³⁵

Não raro, entretanto, as interferências de reguladores transversais e setoriais acabam por se sobrepor e, por esta razão, evidencia-se a importância de uma adequada definição de alocação de competências aos reguladores, com o fim de se evitar conflitos de regulação.

³⁵ FERREIRA, Cesar Ribeiro. **Agências reguladoras:** setorial ou multissetoriais? VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002, Disponível em: <<http://www.unpan.org>>. Acesso em: 11 dez. 2007, p. 12.

A definição de abrangência da competência regulatória, portanto, deve ser coerente com seu aspecto material. Os objetivos a serem atingidos com a coordenação dos agentes privados, a otimização da estrutura regulatória e a minimização da possibilidade de conflitos devem orientar tal escolha.

1.4.3 Aspectos procedimentais

Aos atos administrativos regulatórios correspondem procedimentos específicos que se apresentam em cada uma das etapas essenciais da regulação evidenciadas na lição de Vital Moreira:

(a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação concreta de referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações.³⁶

Tais aspectos adquirem relevância para garantir, não só a efetividade da atuação das autoridades regulatórias, mas também a legitimidade dos atos praticados no âmbito de suas competências.

1.4.3.1 Processo de formação da norma reguladora e a participação dos interessados

Em que pese inexistir no cenário brasileiro comando legal que de forma geral defina um procedimento padrão para elaboração normativa aplicável a todas agências reguladoras, há de se reconhecer que se trata de outro importante fator que indiretamente limita a atuação normativa. Tanto o é que em algumas das legislações específicas, tal como a Lei 9.472/97 (Agência Nacional de Telecomunicações), atribuem a obrigatoriedade de análise da participação dos interessados no processo de construção normativa:

Art. 40. Os atos da Agência deverão ser sempre acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifiquem.

(...)

³⁶ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Medina, 1997, p. 36

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.³⁷

Para Marcos Juruena Villela Souto, a ausência de tal procedimento pode acarretar invalidade da norma:

A violação de tal direito de participação pode resultar na rejeição de diversas normas regulatórias com o argumento de ineficiência e/ou ilegitimidade, calcado no fato de terem sido ouvidas poucas pessoas ou pessoas inadequadas ou sem relação com o segmento regulado. Não basta, pois, a publicação de avisos na imprensa ou na internet, sendo desejáveis consultas específicas para a obtenção de contribuição efetiva.³⁸

Mas haveria efetiva previsão de invalidação da norma se, após as convocações pela autoridade normativa, não houver participação concreta de interessados? Aparentemente não. Alerta Egon Bockmann Moreira que a contribuição efetiva não configuraria requisito de validade, pois caso contrário sua inexistência não permitiria a formação da norma:

Porém, e o que é mais grave, a ausência de colaboradores não frustra a edição da norma: não é considerado um requisito de validade a concreta participação de interessados no procedimento. A efetiva entrega de contribuições no processo de produção de normas das agências é circunstancial, não essencial.³⁹

A discussão prévia da matéria objeto da potencial norma torna-se de extrema importância na formação da motivação da regulação. Os debates e contribuições devem ser analisados e fundamentadamente verificados pelo ente normatizador, de forma a prevenir a eventual descon sideração das participações.

Em geral esta participação pode se dar de três formas: (i) a audiência pública, na qual a discussão acerca da pretensão normativa ocorre de forma ampla e irrestrita em reunião realizada e coordenada pela entidade administrativa; (ii) a

³⁷ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jul. 1997

³⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 56.

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 209.

consulta pública, a qual oportuniza aos interessados manifestar-se acerca da matéria normativa; e (iii) os conselhos consultivos, que “são órgãos de participação social institucionalizada, compostos de pessoas da sociedade e representantes de órgãos cujos interesses são atingidos pela regulação.”⁴⁰

Em que pese a existência desses mecanismos para proporcionar a participação dos interessados no procedimento de formação normativa, há que se reconhecer que esta ainda é inexpressiva, como demonstra Egon Bockmann Moreira:

Frise-se que não há dúvidas de que a participação é restrita. Atinge um número muito limitado de pessoas que antes se qualificam como detentoras de interesse econômico a ser regulado do que propriamente como cidadãos no exercício de seus direitos políticos. É desproporcionalmente baixo o número de pessoas que participam das consultas (usualmente, apenas aquelas com acesso a jornais de grande circulação ou a informações via Internet).⁴¹

Nota-se, portanto, que a efetividade da participação popular no direcionamento da formação normativa no âmbito das agências reguladoras esbarra em pelo menos três aspectos: (i) a ausência de uma forma de integração mais ativa dos interessados ao processo dialético; (ii) necessidade de conscientização popular da importância da atividade regulamentar de modo a incentivar a participação; e (iii) inexistência de fixação de requisitos mínimos de validade da norma vinculados à esta participação.

A intensificação desta participação tenderia a reforçar o caráter de legitimidade das normas regulatórias, contribuindo para o atingimento do ponto de equilíbrio entre as tensões existentes entre os interesses do Estado e do mercado, atenuando a influência dos grandes grupos econômicos no direcionamento das normas regulatórias, objetivo principal das agências autônomas.

⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.106.

⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 209.

1.4.3.2 Procedimentos decisórios

A estruturação de processos de autorização prévia constitui importante ferramenta para a atuação pró-ativa das autoridades regulatórias. Por intermédio desta modalidade de procedimento, as autoridades podem evitar efeitos nocivos ao ambiente regulado antes que haja a concretização de danos.

Tal como ocorre no âmbito da defesa da concorrência pela obrigatoriedade de submissão prévia dos atos de concentração que potencialmente possam afetar negativamente a estrutura competitiva de um mercado, o estudo antecipado das consequências destas ações permitiria, ao menos no plano teórico, evitar os efeitos nocivos, ou ainda estabelecer medidas compensatórias idôneas a restabelecer o equilíbrio eventualmente prejudicado com a situação proposta.

A mesma situação ocorre na regulação setorial. As autorizações de funcionamento concedidas pelas autoridades regulatórias visam certificar a capacidade e idoneidade dos pretensos novos agentes no mercado, ou de agentes já atuantes a explorar novas modalidades de atividades. Esse é o exemplo do sistema financeiro, mercado segurador, e de prestadores de serviços de saúde.

Aspectos como a garantia da continuidade da prestação, segurança e acessibilidade aos consumidores devem ser considerados em cada procedimento autorizador cuja multiplicidade de variáveis e aspectos a serem analisados exigem cada vez mais do corpo técnico das autoridades responsáveis.

Além disso, os procedimentos autorizadores tendem a redobrar a responsabilidade das autoridades reguladoras inferindo-as um dever posterior de monitoramento constante dos efeitos e consequências do evento autorizado, uma vez que afetos diretamente à credibilidade destas autoridades.

Outra modalidade de procedimentos decisório inserido na atuação das autoridades regulatórias, assemelha-se à atividade jurisdicional, incumbindo-se as da solução de conflitos e utilizando-se de instrumentalização processual típica.

Situação peculiar ocorre nos casos em que a atividade decisória da agência se impõe para dirimir conflitos entre particulares que possam refletir no interesse regulatório. Como esclarece Marçal Justen Filho:

Isso significa que o conflito de interesses trazidos à análise das agências, não envolve, necessariamente, uma contraposição imediata entre um particular e o Estado, mas pode externar-se como disputa entre particulares acerca de interesses exclusivamente privados. A disputa envolverá a solução a ser dada pelo Estado a propósito da disciplina de atividades econômicas, quer caracterizadoras de serviço público, quer relativas a atividades de interesse público ou econômicas propriamente ditas.⁴²

É justamente em razão desta peculiaridade que se atribui às autoridades regulatórias o caráter quase-jurisdicional, lembrando, entretanto, o fato de que em nenhum momento tal competência poderia afastar ou limitar a atribuição constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário.⁴³

1.4.3.3 Processo fiscalizador e sancionatório

Outra importante manifestação procedimental da regulação é o monitoramento das condutas, verificação dos ilícitos administrativos e aplicação das penalidades aos agentes econômicos que deixem de atender aos comandos administrativos estabelecidos para disciplinar o comportamento destes.

A fiscalização dos agentes contribui não só para a identificação das condutas que constituam infrações às normas regulatórias, mas também como instrumento de acompanhamento da dinamicidade e desenvolvimento do mercado regulado, abarcando a obtenção de informações de comportamento e desempenho dos agentes. Na lição de Carlos Ari Sundfeld, verifica-se a interdependência da fiscalização e da obrigatoriedade de prestação das informações pelos particulares:

Para operacionalizar a fiscalização, munindo-a de dados permanentes sobre o exercício dos direitos, os particulares podem ser obrigados, pela lei, a cumprir certos encargos como: a) registrar a si ou à sua atividade perante o órgão fiscalizador (ex.: registro de agricultor que utiliza agrotóxico, para permitir a mais fácil averiguação das futuras utilizações do produto); b) fornecer informações à Administração (ex.: dever de o produtor informar, ao órgão controlador, os aumentos dos preços de suas mercadorias; obrigação de as pessoas que pretendem reunir-se em local público comunicarem sua intenção à autoridade competente – CF, art. 5º, XVI).⁴⁴

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 544.

⁴³ Conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 76.

Na hipótese de verificação de infrações, as autoridades regulatórias devem proceder à aplicação da sanção correspondente ao agente, visando a recomposição do balanceamento do mercado regulado atingido pelo ato ilícito perpetrado pelo agente.

Como menciona Egon Bockmann Moreira:

O tema das sanções administrativas envolve um campo todo próprio do ilícito – ilícito administrativo e suas conseqüências. Trata-se da punição aplicada por autoridades administrativas, vinculada ao desrespeito a preceitos normativos de ordem administrativa (isto é, não-civis em sentido estrito e não-criminais), infligindo um mal àquele que praticou a conduta ilícita.⁴⁵

De tal afirmação, naturalmente deve se depreender que qualquer ato sancionatório deve ser precedido da devida instrumentalização processual, assegurando-se o atendimento dos princípios do devido processo legal, direito à ampla defesa e contraditório às partes envolvidas, pois como afirma Carlos Ari Sundfeld:

No dilema entre a certeza da punição dos infratores, mesmo à custa da violação da intimidade, e a proteção ampla dos direitos individuais, mesmo ao preço da eventual impunidade, preferiu esta. O princípio, condicionador de toda a atividade estatal, aplica-se ao procedimento administrativo.⁴⁶

Ainda, no âmbito da atuação regulatória, a imposição de sanções deve atender além do caráter punitivo, sua função como instrumento de propagação da intenção regulatória a todo sistema regulado e de recomposição do equilíbrio, conforme afirma Marcos Juruena Villela Souto:

O processo deve ser precedido de uma tentativa de conciliação e de mediação, antes de entrar na fase arbitral; por isso pode, antes da decisão, ser substituído por um acordo (acordo substitutivo) e, depois, resultar numa extensão normativa do julgado a todos os demais agentes que se encontrem na mesma situação e que operem a retro-alimentação do sistema regulatório. A decisão não deve ser voltada apenas para a imposição de uma pena, mas para a restauração do equilíbrio.⁴⁷

⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Renovar, v. 2, p. 181, abr./jun. 2006.

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82

⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 30.

Uma adequada definição dos aspectos procedimentais da atuação regulatória, lembrando que tal atividade atinge diretamente a liberdade de agentes privados, tem o condão de contribuir para um cenário de segurança e estabilidade no exercício destas competências.

A legitimidade dos atos emitidos depende invariavelmente de um procedimento transparente, participativo e padronizado; garantindo desta forma não só respeito aos direitos e liberdades individuais dos agentes afetados, mas a evolução e adaptação das soluções regulatórias ao dinamismo das atividades que objetivam coordenar.

CAPÍTULO 2 - As autoridades regulatórias

Considerando o escopo do presente texto, ou seja, a análise dos relacionamentos das autoridades regulatórias brasileiras, a limitação ao ambiente das chamadas agências reguladoras independentes excluiria um universo de relacionamentos com autoridades que não se enquadram nesta definição, que, porém, são de relevante importância para o cenário regulatório, pois ainda que lhes falte a característica de independência, relacionam-se com outras entidades do poder público de forma autônoma.

Por outro lado, abordar o tema considerando-se os diversos órgãos e setores da administração pública direta seria discutir o relacionamento entre o Poder Executivo Central e seus órgãos, ou destes com os outros Poderes, pois constituem subdivisões pertencentes a um mesmo eixo hierárquico.

Desta forma, para melhor organização das autoridades aqui referidas, adotou-se a seguinte classificação:

- **Autoridade regulatória:** Entidades da administração indireta com finalidade ligada à noção de regulação anteriormente exposta.
- ⁴⁸
- **Agência reguladora independente:** Espécie do gênero autoridade regulatória, dotada de regime jurídico diferenciado de modo a inibir a interferência da Administração direta em seus atos.
- **Agência reguladora subordinada:** Espécie do gênero autoridade regulatória, porém carecedora do regime jurídico diferenciado mencionado, guardando subordinação à Administração direta.

É de se ressaltar que tal corte metodológico já exclui importantes órgãos da administração direta pertencentes a sistemas que exercem funções regulatórias relevantes, tal como o sistema de defesa do consumidor e o de proteção ambiental.

⁴⁸ Atividade estatal de estabelecimento de regras destinadas a modificar o comportamento dos agentes econômicos objetivando, de forma artificial, promover o equilíbrio nos mercados e seu alinhamento com as opções de políticas públicas.

2.1 Natureza jurídica e a abordagem legislativa brasileira

A primeira definição necessária ao exame das autoridades regulatórias é a definição de autarquia, importante figura do processo de descentralização da estrutura administrativa do Estado.

O conceito legal de autarquia fixado no texto do Decreto-lei 200/67 – “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”⁴⁹ – carece de precisão técnica.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, a definição do Decreto merece crítica, definindo as autarquias como “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa”. Informa o autor que a carência técnica do texto legal reside justamente na omissão da principal característica das autarquias:

Como definição, o enunciado normativo não vale nada. Sequer permite ao intérprete identificar quando a figura legalmente instaurada tem ou não natureza autárquica, pois deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir: a personalidade de Direito Público.⁵⁰

Na definição de Marçal Justen Filho, acentua-se ainda a possibilidade de graduação da autonomia, o que permite ao Estado definir, de acordo com os objetivos da descentralização, o nível adequado de inibição de interferência da Administração direta necessário para o desempenho das atividades: “autarquia é uma pessoa de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob o regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração Direta.”⁵¹

⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 de fevereiro de 1967.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 147.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro evidencia as características de tal entidade: “1. criação por lei; 2. personalidade jurídica pública; 3. capacidade de auto-administração; 4. especialização dos fins ou atividades; 5. sujeição a controle ou tutela”⁵².

Tais características alinham-se aos conceitos enunciados, pois decorrem ou da condição de personalidade de Direito Público (criação por lei, personalidade pública e sujeição a controle ou tutela) ou da própria lógica de criação de uma entidade de administração descentralizada (especialização e novamente a necessidade de controle).

Tais autarquias podem ser dotadas de autonomia diferenciada quando a lei assim o atribuir, limitando a possibilidade de interferência da Administração direta, constituindo-as com o denominado regime especial, legalmente definido, como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.⁵³

Esta foi a figura utilizada para constituição das agências reguladoras independentes brasileiras, como evidencia Luis Roberto Barroso:

As agências reguladoras foram criadas no Brasil sob a forma de autarquias. Devem por isso obedecer ao comando previsto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, vale dizer, sua criação deve ser efetuada por *lei específica*.⁵⁴

2.2 Autonomia e independência

A questão da autonomia e independência é justamente o elemento caracterizador das agências regulatórias independentes, uma vez que estabelecem

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 368.

⁵³ Idem, p. 404.

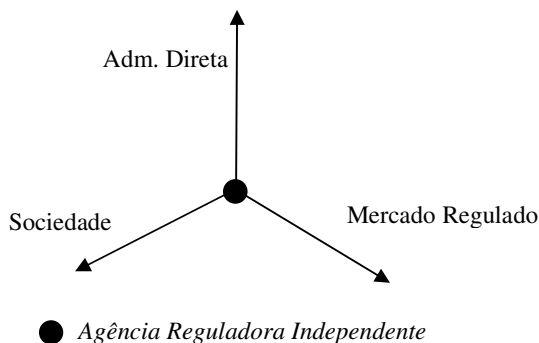
⁵⁴ Idem, ibidem.

de forma inequívoca a intenção de proporcionar à atividade regulatória certo privilégio institucional, garantindo a isenção necessária com relação à interferência da Administração Pública direta. Tal característica insere as agências reguladoras independentes no centro dos interesses contrapostos entre Estado, sociedade e mercado regulado.

Neste sentido, esclarece Floriano de Azevedo Marques Neto:

A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, ⁵⁵ quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado...

Temos, para as entidades que possuem tais características, uma influência reduzida da administração pública direta, valendo dizer, conforme a representação abaixo, o vetor representativo do interesse da administração pública direta influi no direcionamento das soluções regulatórias de forma equivalente aos vetores representativos dos interesses de consumidores e usuários e daqueles emanados dos agentes do mercado regulado.



Não há estabelecimento prévio de prioridade de quaisquer dos interesses envolvidos. O que informa que tipo de solução a ser adotada é a boa técnica regulatória, ainda que possa contrariar os interesses governamentais. Os vetores atuam com igual força no direcionamento das soluções.

⁵⁵ NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. **ABAR** – Associação Brasileira de Agências de Regulação. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/documentos>> Acesso em: 10 Jan. 2008, p. 29.

Cabe aqui referir que os interesses que a situação de autonomia e independência visa afastar são aqueles políticos circunstanciais, melhor dizendo, aqueles que não estão ligados à opção de políticas públicas e sim às inevitáveis acomodações políticas presentes no jogo de interesses dos agentes de governo. Essa situação de independência não significa, ou não poderia significar, uma dispensa do dever de alinhamento da atuação regulatória aos objetivos manifestados nestas políticas.

Tais características de autonomia e independência manifestam-se, de forma concreta, pelos seguintes mecanismos: (i) gestão financeira e orçamentária; (ii) livre exercício funcional de sua atividade; e (iii) forma de nomeação e desligamento dos cargos de direção.

A dotação orçamentária própria e sua gestão propiciam às agências os recursos necessários ao exercício da atividade regulatória, ressaltando a possibilidade de estabelecimento de outras fontes de receita além do repasse de verbas governamentais, como refere Alexandre de Moraes analisando a hipótese da Lei 9.478/97, instituidora da Agência Nacional de Petróleo (ANP), que viabiliza a possibilidade de captação de recurso via:

...convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas; doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; o produto dos emolumentos, taxas e multas previstos na legislação específica; os valores apurados na venda ou locações dos bens móveis e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, excluído, porém, o acervo técnico constituído pelos dados e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras.⁵⁶

Cabendo, no entanto, a advertência observada por Marçal Justen Filho, no sentido de que tais “fontes alternativas de receita” não podem se tornar mecanismos de livre iniciativa, aumentando o risco de captura: “isso significa que a agência não pode invocar uma margem de autonomia contratual, através da qual produziria avenças destinadas a assegurar a percepção de recursos econômicos,”⁵⁷ uma vez que a racionalidade orientadora das agências é a de realização do interesse público.

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. (Org.) **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 473.

No aspecto funcional regulatório, a principal manifestação da autonomia das agências reguladoras independentes reside no fato da impossibilidade de revisão de suas decisões pela Administração direta. Trata-se de elemento que vincula a atividade de regulação exclusivamente ao aspecto técnico, afastando-a, como já dito, dos interesses políticos circunstanciais.

A revisão de suas decisões, portanto, caberia tão somente ao Poder Judiciário, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Como autarquias, compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis toda as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Congresso Nacional, previsto no artigo 49, X, da Constituição, não podendo escapar à “direção superior da administração federal”, prevista no art. 84, II. Porém como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo.⁵⁸

Por fim, a estabilidade dos mandatos dos membros diretivos das agências reguladoras independentes completa a configuração de bloqueio das decisões das agências às influências do Poder Executivo central, pois, ainda que houvesse a impossibilidade de revisão das decisões de tais agências, a possibilidade de livre exoneração dos dirigentes pelo Poder Executivo seria suficiente para garantir suficiente espaço para sua ingerência nas decisões. Neste sentido, ressalta Vicente Bagnoli:

Quanto ao caráter técnico da atuação das agências reguladoras, uma vez que regulam mercados específicos, a indicação dos dirigentes das agências pelo Poder Executivo, a aprovação pelo Senado Federal e a nomeação pelo Presidente da República deve, portanto, observar o conhecimento técnico que esses dirigentes possuem do setor em que atuarão. Os dirigentes somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, salvo outra previsão contida na lei de criação da agência. O mandato garante a autonomia e independência do dirigente contra pressões políticas.⁵⁹

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 406.

⁵⁹ BAGNOLI, Vicente. **Autonomia e independência das agências reguladoras**. São Paulo: Faculdade de Direito Mackenzie, 2007, p. 4.

2.2.1 Agências reguladoras independentes

São agências reguladoras federais independentes no Brasil: ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, ANP – Agência Nacional do Petróleo, ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANA – Agência Nacional de Água, ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, a ANCINE – Agência Nacional do Cinema, e a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil.

No caso do CADE, registre-se a posição de Alexandre Santos de Aragão⁶⁰, que categoriza esta autarquia como agência independente, porém não regulatória, uma vez que o conceito de regulação adotado pelo autor necessariamente abrange o exercício de competências normativas, o que efetivamente não está inserido na atuação desta autoridade, conforme se depreende do art. 7º da Lei 8.884/94.

O CADE, ainda que na forma de expedição de atos concretos, modifica o comportamento dos agentes econômicos, de forma artificial, para promoção do equilíbrio nos mercados. Veja-se, por exemplo, que o caráter decisório na aprovação dos atos de concentração modifica substancialmente o comportamento dos agentes que se estivessem submetidos tão somente a auto-regulação dos mercados, efetivariam a concentração.

Entretanto, a inexistência de estabelecimento de regras de forma abstrata no âmbito da atuação do CADE, não permite classificá-lo como entidade dotada de função regulatória, pois seus atos ficam restritos à decisão em casos concretos.

2.3 Agências reguladoras subordinadas?

Ainda que alguns entes regulatórios não sejam dotados do mesmo nível de autonomia ou independência características das agências reguladoras

⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 304.

independentes, exercem importante papel no cenário regulatório, a exemplo do que ocorre com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o BACEN, ambos vinculados hierarquicamente ao Conselho Monetário Nacional, que por sua vez é órgão do Ministério da Fazenda.

No caso da CVM, ainda que tenha havido a atribuição expressa de autoridade administrativa independente e ausência de subordinação hierárquica na alteração introduzida pela Lei 10.411, de 26 de fevereiro de 2002⁶¹, manteve-se a possibilidade de revisão de suas decisões de imposição de penalidades aos agentes regulados pelo Conselho Monetário Nacional, por intermédio de recurso ao Conselho de Recursos deste órgão, o que representa, portanto, uma mitigação da independência de sua atuação funcional e descaracteriza sua classificação como agência independentes. Neste sentido, verifica-se a lição de Alexandre Santos de Aragão:

Ao nosso ver, contudo, este importante reforço da autonomia orgânica da CVM não foi suficiente para transformá-lo em agência reguladora independente, uma vez que a sua autonomia funcional continua comprometida pelo fato de contra as suas decisões sancionatórias permanecer cabível recurso administrativo externo para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional...⁶²

Ainda ambas as autarquias apresentem-se (organicamente ou funcionalmente) com algum tipo de subordinação hierárquica ao CMN, exercem relevante atividade regulatória. Portanto, mostra-se lícito afirmar a possibilidade de existência de autoridades regulatórias (ou agências reguladoras, ainda que o termo tenha sido associado ao modelo norte-americano dotado de autonomia e independência como já exposto) subordinadas ao Poder Executivo Central.

Como afirma Egon Bockmann Moreira na análise de tais entidades, ainda que anteriormente à Lei 10.411:

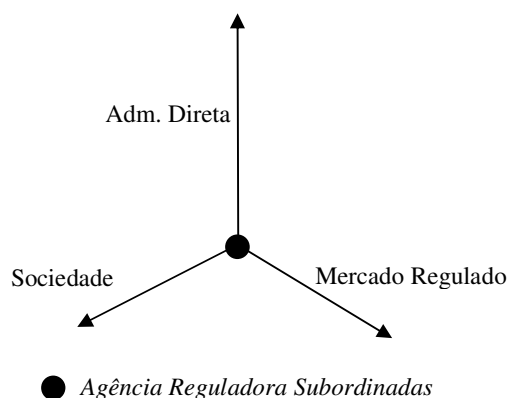
⁶¹ BRASIL. Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 fev. 2002.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 303.

Em conclusão, podemos afirmar que CMN, BACEN e CVM não são agências administrativas independentes, mas autoridades reguladoras, que detêm poder regulamentar autônomo – ainda que substancialmente diverso daqueles detidos pelas atuais agências.⁶³

Em síntese, continuam tratando-se de autoridades especializadas, que exercem atividade regulatória relevante, gozando, porém, de situação inferior de independência.

O fator subordinação à Administração Pública direta, não deve deslocar a agência da posição equidistante do mercado e da sociedade, porém, maior intensidade é atribuída ao vetor representativo dos interesses da Administração Pública direta:



Entretanto, como o objeto do presente estudo visa justamente a análise dos relacionamentos das autoridades que exerçam atividades regulatórias, não seria lícito excluí-las desta abordagem equivalente, pelo fato de se apresentarem com tal relação de subordinação.

⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 218, out/dez 1999, p. 55.

2.4 Especialização técnica

Como já observado, a especialização técnica é um dos principais fundamentos do processo de descentralização administrativa preconizada na reforma da administração pública. Trata-se do reconhecimento da incapacidade de se tutelar genericamente interesses complexos e específicos sem o grau adequado de conhecimento técnico.

Nesse sentido, ressalte-se a observação de Floriano de Azevedo Marques Neto:

A moderna regulação depende em grande medida do conhecimento específico sobre setores cada vez mais complexos e singulares. Disso decorre a necessidade de desenvolvimento de conceitos, premissas, princípios, classificações e mesmo regras jurídicas próprias de cada setor regulado.⁶⁴

Em suma, torna-se impossível controlar aquilo que não se entende, configurando-se justamente o elemento especialidade o que permite à agência:

- o entendimento do comportamento dos agentes regulados e seus impactos no mercado;
- a fixação dos critérios de desempenho necessários ao atingimento dos objetivos regulatórios;
- a elaboração dos comandos normativos adequados;
- a fiscalização e punição das condutas ilícitas praticadas pelos agentes.

Sob outro prisma, promove a segurança regulatória necessária à decisão de investimento da iniciativa privada, pois, conforme evidencia Pedro Dutra, ao abordar as agências reguladoras independentes:

⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, março, 2005, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 10 dez. 2007.

...beneficia as empresas que verdadeiramente investem em seus negócios, já que serão seus planos estratégicos e condutas avaliados por critérios transparentes, fixados em Lei, e apreciados por **técnicos especializados**...⁶⁵ [grifei]

Tal característica está intimamente ligada à atribuição de autonomia decisória às agências reguladoras independentes, pois a tecnicidade das soluções regulatórias quando levadas a exame pela Administração Pública direta poderia ser relativizada por força das já mencionadas interferências políticas circunstanciais.

2.5 Atuação normativa

A tecnicidade do modelo regulatório conduz à atribuição da possibilidade de atuação *in abstracto*, pela qual a autoridade, por intermédio de resoluções, circulares, etc., regula diversas situações jurídicas de forma complementar à lei.

Abre-se neste momento um fértil campo para discussão acerca da coerência desta competência normativa com o ordenamento jurídico pátrio. De forma sintética existem diferentes posições, pela possibilidade ou não de regulamentos autônomos; posições que sustentam haver uma expansão não autorizada constitucionalmente da discricionariedade normativa,⁶⁶ bem como entendimento de que há plena constitucionalidade em se tratando de *standards* fixados pela lei, como na posição de Carlos Ari Sunfeld:

Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam “regulamentos autônomos” ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos.⁶⁷

Desta forma, a atuação normativa das agências reflete a própria competência normativa do Poder Executivo, como evidencia Marçal Justen Filho:

⁶⁵ DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32.

⁶⁶ Interpretação restritiva do art. 84, parágrafo único da Constituição da República, entendendo tratar-se o poder regulamentar de exclusividade do Presidente.

⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: STUNFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.27.

Isso significa que a criação das agências destina-se a propiciar o exercício, por um órgão autônomo e diferenciado, de competências de titularidade do Poder Executivo. Vale dizer, a ausência de existência das agências conduziria a que suas atribuições fossem desempenhadas por outros órgãos integrantes do Poder Executivo. Uma agência não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa.⁶⁸

Grandes discussões já se operaram por conta do reconhecimento de uma competência normativa das agências, porém como bem afirma Leila Cuéllar:

A competência normativa conferida às agências reguladoras brasileiras pelos diplomas legais que a instituíram, além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível, para que tais entes possam desempenhar de maneira eficiente suas atribuições.⁶⁹

A imprescindibilidade da função normativa subsiste justamente na impossibilidade de alcance das especificidades técnicas na abordagem geral constante da lei. A especificidade dos setores a serem regulados exige um aprofundado conhecimento acerca do objeto da regulação de difícil operacionalização no processo legislativo comum.

Desta forma, a própria legislação atribui espaços de complementação e particularização de seus comandos a serem supridos pela discricionariedade administrativa, atribuindo ao agente administrativo a possibilidade de construção de uma solução específica, como será abordado a seguir.

2.5.1 Discricionariedade administrativa

Parece adequado atrelar o conceito de discricionariedade ao conceito de liberdade residual de atuação. Se eventualmente a lei fixasse exatamente a conduta ou postura a ser adotada, não haveria qualquer escolha de opções no agir administrativo.

Neste sentido, conste-se a noção de discricionariedade conduzida por Paulo Todescan Lessa Mattos:

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 540.

⁶⁹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 141.

Apesar de algumas nuances no tratamento da questão, a discricionariedade administrativa parece ser entendida como liberdade de ação administrativa para praticar atos administrativos segundo juízos de conveniência, oportunidade e conteúdo, desde que expressamente permitidos em lei.⁷⁰

Também se verifica tal liberdade no conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello, no qual se tem que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.⁷¹

Verifica-se, portanto, a existência de uma avaliação subjetiva do comando normativo pautada na análise de conveniência e oportunidade. Porém, qual a finalidade da lei ao atribuir esta margem subjetiva à atuação normativa?

Em geral a intenção legislativa por trás da atribuição da discricionariedade configura-se no reconhecimento da impossibilidade de que a lei alcance – por si só – a solução adequada à sua intenção. Em outras palavras, o legislador assume que a eficiência da norma somente poderá ser alcançada se a escolha da solução for entregue ao seu aplicador.

Quando há demasiado número de hipóteses a cobrir ou há mutabilidade do objeto da norma, um grau de flexibilidade de aplicação confere à norma a abrangência necessária para atingir sua finalidade.

Mostra-se insuficiente concluir que não haveria discricionariedade nestes casos baseando-se no fato de que dentre as diversas alternativas para atendimento da finalidade do diploma legal apenas uma seria ideal e, portanto, a ela a Administração Pública teria o dever de escolha.

⁷⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, 2005, p.186.

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

A grande problemática da discricionariedade gira em torno justamente da impossibilidade de definição do que é solução ideal, pois caso contrário a própria norma o faria. Deste modo, não restaria outra possibilidade que não atribuir a configuração de uma solução ao aplicador, mediante ponderação dos aspectos presentes na situação concreta. Afinal, como verificado acima, para Celso Antonio Bandeira de Mello, a discricionariedade somente teria espaço “quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.⁷²

Há que se ressaltar ainda que a atuação normativa das agências reguladoras, e, portanto geral e abstrata, afastaria ainda mais a possibilidade de unicidade de solução, considerando que a própria normatização infralegal visa criar novos parâmetros gerais para uma gama de condutas individuais e específicas, que possam ser abarcados por seus comandos.

Tal fato dificulta a verificação de que se trata da solução ideal dentre todas as outras disponíveis e, portanto, insere-se ainda mais no campo da discricionariedade.

Cabe ainda refletir se existiria alguma diferença entre a discricionariedade técnica e a discricionariedade comum.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro evidencia uma impropriedade na utilização do termo discricionariedade técnica, uma vez que não reconhece a possibilidade de no processo de análise técnica identificar-se mais de uma solução possível:

No caso da discricionariedade técnica, não há discricionariedade propriamente dita, consoante já demonstrado. Não há opções a serem feitas por critérios de oportunidade e conveniência. Não há decisão política a ser tomada conforme avaliação do interesse público. Não há decisão política a ser tomada conforme avaliação do interesse público. Existe uma solução única a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência.⁷³

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista de Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev/mar/abr, 2007, p. 14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

Neste sentido, restringir a atuação das autoridades reguladoras a este conceito de discricionariedade técnica, faria com que sua atuação fosse meramente científica. Não obstante, percebe-se que a análise técnica é o meio pelo qual as agências reguladoras alcançam as opções de solução para as questões postas, porém a escolha entre uma ou outra raramente é tomada por critérios eminentemente técnicos.

A escolha de determinado equipamento ou sistema, de controle de tráfego aéreo, por exemplo, passa não só por uma análise técnica das opções disponíveis adequadas, mas também por diversos outros fatores como análise orçamentária, prioridades de instalação, etc.

Tais análises sugerem uma compatibilidade com o conceito de discricionariedade administrativa própria, baseada em critérios de conveniência e oportunidade.

Em outro sentido ao exposto pela autora, Rafael Wallbach Schwind, já reconhece que a análise técnica não conduziria a somente uma opção, não diferenciando discricionariedade técnica e administrativa própria:

Com efeito, na maioria dos casos, o conhecimento técnico não levaria a uma única solução possível, sendo necessário realizar uma escolha pautada em juízos de conveniência e oportunidade. Nesses casos, portanto, a discricionariedade técnica não seria diversa da discricionariedade “comum”.⁷⁴

Portanto, ainda que a principal característica da atuação discricionária da agência reguladora seja sua especificidade técnica, os critérios de oportunidade e conveniência continuam a ser preponderantes na escolha da solução apresentada. A escolha, por exemplo, do sistema de telefonia, redução ou aumento de taxas de juros ou até a aprovação de uma fusão entre empresas, além de tecnicamente viável, devem ser convenientes e adequados à realização das políticas públicas.

⁷⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: ano 2, n. 8, 2004, p. 238.

Como assevera Marçal Justen Filho, trata-se do reconhecimento das limitações do processo legislativo e viabilização de uma alternativa jurídica para sua solução:

A discricionariedade é a solução jurídica para as limitações e defeitos do processo legislativo de geração de normas jurídicas. Por isso mesmo, é da essência da discricionariedade que a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao interesse público.⁷⁵

2.5.2 Limites da atuação discricionária regulatória

Há, no entanto, que se reconhecer alguns limites à atuação discricionária. Principalmente no âmbito do exercício da competência normativa das agências reguladoras.

O primeiro deles é a lei. Pode-se admitir discricionariedade sem autorização legal? Uma resposta positiva seria reconhecer às agências uma capacidade de inovação legal adstrita à competência legislativa:

A discricionariedade administrativa é atribuída por via legislativa, caso a caso. Isso equivale a reconhecer, dentre os poderes atribuídos constitucionalmente ao Legislativo, aquele de transferir ao Executivo a competência para edição de normas complementares àquelas derivadas da fonte legislativa.⁷⁶

Reforça-se, portanto, a impossibilidade de normatização autônoma, tendo-se a lei instituidora da discricionariedade como um dos principais limitadores desta atuação, conforme alerta Egon Bockmann Moreira:

Não se trata da defesa intransigente de algo idêntico a um regulamento autônomo clássico, cuja força normativa transcenderia os limites do princípio da legalidade – como que tornando horizontais a lei e o regulamento administrativo. Essa compreensão não tem espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Os deveres-poderes dos quais as agências reguladoras dispõem são aqueles oriundos e cumpridores das leis que as instituem.⁷⁷

⁷⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: ano 2, n. 8, 2004, p. 238.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 516.

⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 185.

A subordinação à lei, neste sentido, deve ser interpretada de forma ampla e sistêmica, ou seja, como subordinação ao próprio ordenamento jurídico, conjugando-se em limitações que transcendem a lei que especificamente atribuiu esta capacidade normativa. Veja-se, neste sentido, a lição de Lais Calil:

Todas as agências, constitucionalmente previstas ou não, submetem-se às mesmas limitações decorrentes da legalidade e da separação de Poderes e têm seu poder normativo balizado na função normativa estatal, função esta subordinada ao monopólio do Legislativo de editar normas de conteúdo inovador.⁷⁸

Desta forma, a impossibilidade de retroatividade, de restrições de direitos de natureza fundamental e de modificações que de alguma forma possam desrespeitar a ordem jurídica, como afirma Leila Cuéllar, sintetizando as limitações da atividade regulatória advindas de sua subordinação à restrição legal:

No Brasil o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daquele que existe em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, “ab ovo”, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais, a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário.⁷⁹

O reconhecimento dos limites ao poder normativo das agências reguladoras torna-se imperativo, evitando-se assim que a autonomia e independência conferidas às agências reguladoras possam tornar-se instrumentos de arbitrariedades e violação de direitos.

Um destes limites, especialmente importante para o estudo das interações destas autoridades, é a restrição da atuação destas autoridades às competências legalmente atribuídas, cujos critérios de alocação serão objeto do próximo capítulo.

⁷⁸ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.176.

⁷⁹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 142.

CAPÍTULO 3 - A alocação de competências

Antes de se adentrar nos aspectos inerentes aos relacionamentos das autoridades regulatórias, cabem algumas considerações acerca da distribuição de suas respectivas competências.

Como se verá a seguir, o exame acurado dos critérios de alocação de competências torna possível ao legislador maximizar a efetividade da atuação regulatória, evitar conflitos de competência positivos ou negativos e ainda estimular a cooperação das autoridades em atuações multidisciplinares, que potencializa resultados e ainda permite o compartilhamento de melhores práticas.

A análise e conjugação dos critérios de alocação e das já mencionadas modalidades de competências, podem orientar o legislador à definição da autoridade que melhor represente estes interesses regulatórios.

3.1 Critérios de alocação

3.1.1 Eficiência

Como afirma Tercio Sampaio Ferraz Junior, “o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade).”⁸⁰

Da mesma forma, a distribuição de competências regulatórias deve se pautar na alocação destas nas autoridades que têm a possibilidade de produzir os melhores resultados na atuação regulatória. Assim como a especialização técnica é exigência da eficiência, pela necessidade do entendimento completo do que se pretende regular, como afirma o mesmo autor:

... o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza

⁸⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 7 dez. 2007, p. 11.

técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se *eficiência* da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência⁸¹

Assim como a especialização, a velocidade com que as autoridades adotem as soluções regulatórias deve atender à dinâmica do mercado regulado.

Como afirma Gesner de Oliveira, ao comentar o critério da eficiência na escolha do desenho institucional da regulação, “o ritmo da atividade econômica requer decisão rápida e segura. Processos burocráticos morosos aumentam a incerteza, diminuindo a rentabilidade esperada do investimento”⁸².

3.1.2 Risco de captura

O risco de captura, outro importante fator a ser considerado na alocação das competências regulatórias, pode ser definido pela possibilidade da atuação da autoridade regulatória ser influenciada ou de alguma forma direcionada por interesses diversos do interesse ótimo de uma regulação eficiente.

Como ressalta Leonardo Vizeu Figueiredo:

Agravam, sobejamente, o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências, migrando da iniciativa privada para o Poder Público e vice-versa, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada.⁸³

Desta forma, como principais fontes de captura regulatória podem-se identificar:

⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 7 dez. 2007, p. 11.

⁸² OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário**. Relatório de Pesquisa n. 49. São Paulo: EAESP/FGV/NPP - Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001, p. 14.

⁸³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A evolução da ordem econômica no direito constitucional brasileiro e o papel das agências reguladoras. **Revista da Advocacia Geral da União – AGU**, v. 6 n. 13 ago. 2007. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2007, p. 108.

- Influência política do Poder Executivo Central sem alinhamento com os interesses regulatórios;
- Atuação dos agentes regulados na reprodução de seus interesses nas decisões dos entes reguladores;
- Influência dos servidores ligados às autoridades regulatórias pela natural rotação de profissionais especializados nos setores regulados.

A primeira forma de risco de captura representa a possibilidade de conflito entre os interesses emanados pelo Poder Executivo Central e a autoridade regulatória. Tal possibilidade fundamenta, inclusive, o mecanismo de independência de algumas autoridades.

A questão básica reside no fato que o Poder Executivo Central está atrelado à atuação do Presidente da República e, portanto, sujeito a intensas variações de políticas públicas de acordo com os mandatos de cada governante eleito. Tal fato, ainda que reflita o princípio democrático, pode representar sério risco à estabilidade regulatória, tornando receosa a decisão de investimento.

Se, portanto, o governante tivesse irrestritos poderes de interferência na política regulatória das autoridades incumbidas desta função, teríamos a hipótese de captura desta autoridade.

A lição de Gesner de Oliveira conduz às outras duas modalidades de captura regulatória:

A experiência regulatória dos países maduros revela uma elevada probabilidade de “captura” das agências regulatórias pelos segmentos que deveriam ser regulados. Independentemente de problemas éticos, verificou-se elevada propensão dos “regulados capturarem os reguladores” em virtude de assimetria de informação em desfavor do setor público e da natural identidade profissional entre os especialistas com função judicante temporária e os segmentos sujeitos a uma determinada jurisdição administrativa. O grau em que o recrutamento e o futuro profissional das autoridades regulatórias se restringe ao setor regulado constitui variável relevante para a propensão à captura.⁸⁴

⁸⁴ OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da concorrência e regulação**: o caso do setor bancário. Relatório de Pesquisa n. 49. São Paulo: EAESP/FGV/NPP - Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001, p. 16.

A captura pelo agente regulado reflete a possibilidade de influência dos agentes na atividade regulatória passível de prejudicar a adoção da solução regulatória ótima.

Como depende a autoridade regulatória das informações prestadas pelos agentes regulados, tais agentes podem intencionalmente causar o fenômeno da assimetria das informações, disponibilizando-se tão somente os dados que atendam seus interesses privados e não o interesse regulatório.

Cabe ainda registrar o elemento organização dos grupos de interesse, que ocorre de forma mais eficiente nos grandes grupos econômicos, traduzindo-se numa maior possibilidade de influência no processo de formação das normas regulatórias, podendo ocasionar o direcionamento destas ao atendimento dos interesses dos agentes regulados ao invés da boa técnica regulatória.

A insuficiência de participação de outros grupos de interesses que não os formados pelos agentes regulados, como já mencionado na abordagem do processo de formação da norma regulatória, acaba por facilitar este efeito. Portanto, o incentivo à participação popular e intensificação da divulgação das propostas regulatórias poderiam mitigar tal risco.

A terceira modalidade de captura, referente à rotatividade dos profissionais especializados nos ambientes regulados pode se dar, pelo menos de duas formas: (i) a migração de servidores para a iniciativa privada naturalmente portadores de relevantes informações acerca dos procedimentos e técnicas da autoridade regulatória podem conferir ao agente regulado extrema vantagem para adoção de mecanismos que possam inibir ou restringir a atividade regulatória; e (ii) que durante o exercício das funções públicas a possibilidade de futuros cargos na iniciativa privada possa afetar a imparcialidade das decisões regulatórias.

Com intuito de minimizar esta modalidade de risco, a grande maioria das autoridades conta em seus respectivos diplomas legais a denominada quarentena: restrição temporária de exercício na atividade privada pelos seus ex-dirigentes.

3.1.3 Centralização de atribuições (*one stop shop*)

Outro importante critério de alocação das competências é o denominado balcão único (*one stop shop*), termo utilizado para designação da centralização de atribuições em um único ente, facilitando controle e interação com os regulados.

Tal orientação evita com que determinadas práticas e/ou procedimentos tenham sua análise demasiadamente segregada em diversos segmentos e, conseqüentemente, sob responsabilidade de diferentes corpos técnicos, comprometendo a efetividade e celeridade da atuação regulatória.

Como lecionam Marques, Almeida e Forte, a sobreposição de competências pode ocasionar a multiplicidade de reguladores direcionados a um mesmo controle: “a possibilidade de sobreposição de competências suscita problemas como os da existência de mais do que um controle sobre o mesmo tipo de práticas, em vez de um “balcão único” (*“one stop shop”*)”.⁸⁵

Outra grande vantagem do conceito é a de evitar a duplicação de estruturas administrativas para a realização de atividades similares, pois ainda que possa haver a necessidade de envolvimento de mais de uma autoridade regulatória em determinado procedimento, somente a uma delas caberia a reunião das informações, documentos, interação com o solicitante, etc.

3.2 Complementaridade de competências

O conceito de centralização de competências não serviria, no entanto, de argumento para inibir a possibilidade de que haja complementaridade nas competências regulatórias. Não raro, para a adoção da solução regulatória mais adequada, reguladores estruturados de forma transversal têm de contar com a atuação dos reguladores setoriais.

⁸⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 9, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 195.

Como no exemplo do sistema de defesa da concorrência e autoridades setoriais, evidenciado por Ana Sylvia de Oliveira Nusdeo⁸⁶, sua atuação conjunta tende a garantir maior efetividade “... a implantação e a manutenção da concorrência nos setores privatizados tenderão a ser tanto mais efetivas quanto for coesa a articulação das autoridades antitruste e das agências reguladoras”, ressaltando a especial importância da celebração de convênios e “a participação das autoridades antitruste nas audiências públicas que precedem a adoção de seus atos normativos”.

A título de exemplo, há previsão expressa legal de complementaridade na Lei 9.961/00, estabelecendo que na autorização dos atos de concentração realizados pelas operadoras de planos de saúde, deverá a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS) ouvir previamente os órgãos de defesa da concorrência.

A complementaridade não se dá só no âmbito de abrangência (setorial ou transversal), mas também no âmbito da divisão relativa aos entes federativos, como, por exemplo, ocorre diante da possibilidade de instituição de autoridades reguladoras estaduais. Neste âmbito, reguladores federais e estaduais necessariamente devem procurar alinhar o desempenho de suas competências complementares a uma racionalidade regulatória comum, para evitar que o mesmo agente regulado possa estar sujeito a determinações contraditórias, emanadas por diferentes autoridades.

3.2.1 Modelos de repartição de competências

Como já abordado, as competências regulatórias possuem características diferenciadas e atendem a finalidades diversas. Pela combinação dos aspectos materiais e de abrangência das competências regulatórias, pode-se identificar diferentes modelos de alocação. As variações ocorrem especialmente no que tange à regulação econômica, que como já

⁸⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: STUNFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 185.

mentionado, insere-se em campo intermediário entre a defesa da concorrência e a regulação técnica.

Os modelos de distribuição destas competências podem ser dispostos conforme a tabela abaixo⁸⁷, onde “AS” refere-se à autoridade setorial e “AC” à autoridade defesa da concorrência:

Competências Autoridades	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 3		Modelo 4	
	AS	AC	AS	AC	AS	AC	AS	AC
Reg. Técnica								
Reg. Econômica								
Concorrência								

Obviamente a análise de um possível quinto modelo, que contemplasse todas as competências alocadas na autoridade responsável pela defesa da concorrência, tornaria inócua a realização da regulação técnica, que conforme já verificamos, exige o conhecimento técnico específico característico de cada setor regulado.

Os Modelos 1, 2 e 4, apresentam uma possibilidade maior de não geração de conflitos de competência, entretanto a alocação de todas as competências na autoridade setorial, conforme exposto no Modelo 1, tenderia a ocasionar uma implementação da defesa de concorrência de forma não uniforme em todos os setores, e a alocação da regulação econômica na autoridade concorrencial presente no Modelo 4 poderia ser prejudicada em razão do não conhecimento específico do setor.

Na análise comparativa entre o modelo 2 e 3, é possível verificar que sua diferença reside na complementaridade. Não obstante a menor tendência de geração de conflitos presente no modelo 2, a complementaridade verificada no modelo 3 traria a necessidade de cooperação entre as autoridades concorrenciais e setoriais.

⁸⁷ Adaptação do quadro de distribuição de competências constante em MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 9, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 200.

Cabe ressaltar que não há um modelo que possa ser considerado ideal, pois em todos é possível identificar-se vantagens e desvantagens. A opção por um dos modelos deve se dar conforme os objetivos que se pretendem para cada setor, suas especificidades e riscos.

3.3 Sobreposições e conflitos

Como se pode notar na análise dos modelos regulatórios, apresenta-se a complementaridade como uma das soluções possíveis para alocação das competências regulatórias. A principal dificuldade neste modelo é evitar o fenômeno da sobreposição, pelo qual ambas autoridades estariam legitimadas a exercer a mesma competência.

Primeiramente, cumpre esclarecer que raramente um sistema de distribuição de atribuições complementares deixaria de gerar conflitos de competência. Tal objetivo demandaria uma descrição excessivamente pormenorizada das atividades a serem executadas, bem como a possibilidade de existências de lacunas de responsabilidade.

O que diferencia os sistemas de distribuição de atribuições mais eficientes é justamente a definição prévia de mecanismos de endereçamento, análise e solução destes conflitos de forma rápida e segura.

No exemplo do conflito de competência entre o CADE e o BACEN, não foi possível a solução no âmbito do Poder Executivo. Em breve síntese, a competência para autorização e controle dos atos de concentração parece estar contemplada em ambas as autoridades (setorial e concorrencial) e esta sobreposição, sem definição inequívoca, deu azo ao conflito positivo de competência vez que ambas as autoridades entenderam-se simultaneamente competentes para o exercício da mesma atribuição, competência esta fixada de forma privativa para a autoridade setorial.

Tal conflito foi formalmente levantado pela Procuradoria do Banco Central em 2000, dando origem ao Parecer da Advocacia Geral da União Nº AGU/LA-01/2001 (Anexo ao Parecer GM-020), analisando a divergência entre

os pareceres da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil e o parecer da Procuradoria-Geral do CADE.

Basicamente, de um lado o BACEN sustenta a recepção da Lei 4.595/64 como lei complementar e definição neste ato normativo de que a competência para análise e aprovação dos atos de concentração de instituições financeiras, inclusive no que tange aos seus aspectos concorrenciais, é privativa daquele órgão.

De outro lado, insurge a Procuradoria-Geral do CADE, sustentando que a Lei 8.884/94 não estabelece qualquer exceção à competência do CADE na análise dos atos potencialmente lesivos à concorrência, e em razão desta norma ser posterior à Lei 4.595/64, estaria derogando o caráter privativo daquela competência. O fato de ter a Lei 8.884/94 o status de lei ordinária em nada afetaria tal análise, pois somente seriam recepcionados com status de lei complementar os dispositivos cuja matéria a Constituição Federal atribui esta necessidade e a para matéria concorrencial foi estabelecida pela Carta Magna, nos termos do art. 173, § 4º, a via de lei ordinária.

Após a análise dos pontos acima, a Advocacia Geral da União, concluiu pela competência privativa do Banco Central na análise dos atos de concentração do ponto de vista concorrencial, excluindo a competência do CADE para tal exame, desobrigando desta forma as instituições financeiras de submissão destes atos a este órgão:

Conclusão pela competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis.⁸⁸

O parecer decorrente da consulta realizada à Advocacia Geral da União, devidamente aprovado pelo Presidente da República, nos termos da Lei Complementar 73/93, vincularia a atuação da administração pública federal aos seus termos.

⁸⁸ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. AGU/LA-01/2001 (Anexo ao Parecer GM-020)** – Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Nº 00001.006908/2000-25. Consultor: Luiz Alberto da Silva. Diário Oficial nº 80-E, de 25 de abril de 2001.

Tal parecer não foi acatado pelo CADE que, não obstante a conclusão desfavorável à sua atuação em processos envolvendo instituições financeiras, exigiu dos bancos BCN e Bradesco a submissão da operação de aquisição ao seu crivo, levando-se a questão ao Poder Judiciário por intermédio de Mandado de Segurança Impetrado pelos bancos envolvidos, cuja “abordagem jurisdicional” até o momento pode ser verificada na tabela abaixo:

Órgão Examinador Posições Adotadas	14ª Vara Federal	MPU	Tribunal Regional Federal 1ª Região		
	Sentença ⁸⁹	Parecer ⁹⁰	Voto 1 ⁹¹	Voto 2 ⁹²	Voto 3 ⁹³
Superioridade hierárquica da Lei 4595/64 em razão de sua recepção como lei complementar	Sim	Não	Não	Não	Não
Especialidade da Lei do SFN em relação à Lei Concorrencial	Sim	Não	Sim	Não	Não
Especialidade da Lei Concorrencial em relação à Lei do SFN	Não	Sim	Não	-	-
Vinculação do CADE ao disposto no Parecer AGU/LA-01/2001 (competência exclusiva do BACEN)	Sim	-	Não	Não	Não
Restrição de interpretação do termo “privativamente” da Lei 4595/64 à matéria bancária, excluindo-se a concorrencial	Não	-	-	Sim	Sim
Insuficiência técnica da Lei do SFN na abordagem das atividades de fiscalização e controle concorrencial	-	Sim	Sim	Sim	Sim
Complementaridade das atividades das autoridades envolvidas (Competência concorrente)	Não	Sim	Não	Sim	Sim

Legenda:

Sim: Concorda com posição.

⁸⁹ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. AGU/LA-01/2001 (Anexo ao Parecer GM-020)** – Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Nº 00001.006908/2000-25. Consultor: Luiz Alberto da Silva. Diário Oficial nº 80-E, de 25 de abril de 2001.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Voto proferido pela Desembargadora Selene Maria de Almeida.

⁹² Voto proferido pelo Desembargador Fagundes de Deus.

⁹³ Voto proferido pelo Desembargador João Batista Gomes Moreira.

Não: Discorda da posição

“-“: Deixou de analisar ou não explicitou posição na decisão/parecer.

Cabe, portanto, da análise do exemplo exposto, ressaltar a importância do processo de constituição do modelo regulatório, não só no sentido de se evitar os conflitos advindos das sobreposições, mas também de ponderar a necessidade de incentivo à maior integração e cooperação ente as autoridades regulatórias.

CAPÍTULO 4 - Os relacionamentos horizontais

Na estruturação do presente estudo acerca dos relacionamentos das autoridades regulatórias com os demais entes estatais, optou-se por dividir este universo de interações em duas diferentes categorias.

A primeira categoria refere-se à perspectiva das relações horizontais decorrentes do exercício da atividade regulatória, ou melhor explicando, em como a atuação das autoridades regulatórias influenciam, contribuem ou interferem na atividade das outras entidades estatais. Este será o objeto do presente capítulo.

A segunda categoria é a relativa aos relacionamentos de controle, coordenação ou orientação exercidos pelos demais entes estatais sobre a atuação destas autoridades, a qual será abordada no capítulo 5.

A intenção de tal categorização nada mais é do que a de permitir identificar: (i) qual o grau de integração e cooperação das autoridades regulatórias brasileiras com as demais funções do Estado e; (ii) em que nível a atuação das autoridades regulatórias é objeto de controle e coordenação pelos demais entes estatais.

4.1 Autoridades e os demais entes da Administração Pública

4.1.1 Relação com os órgãos de proteção do consumidor

No âmbito de suas atribuições, as autoridades regulatórias detêm o conhecimento especializado dos setores regulados e, portanto, apresentam-se hábeis a servirem como fontes informativas aos demais entes da Administração Pública em vários aspectos.

A exemplo do que dispõe a Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – em seu art. 106, parágrafo único: “Para a consecução de seus objetivos, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor poderá solicitar o concurso de

órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica”,⁹⁴ a atuação das autoridades regulatórias pode e deve interagir com os órgãos componentes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

A ANEEL, por exemplo, regulamentou o Conselho de Consumidores previsto no art. 13 da Lei 8.631/93, o qual garante uma vaga para os representantes de órgãos de defesa do consumidor, podendo ser indicados pelo Ministério Público ou pelos Procons, conforme explica Otávio Prado:

A função dos conselhos é acompanhar as ações de fiscalização e o atendimento às reclamações dos usuários. Para isso eles devem elaborar um plano anual de atividades, sendo-lhes facultada a apresentação de projetos especiais para uso das receitas derivadas de multas em benefícios ao consumidor.⁹⁵

Em que pese a existência de iniciativas como essa, a integração entre as autoridades regulatórias e os órgãos de defesa do consumidor ainda é criticado. O principal ponto de crítica consiste na alegada ausência de prioridade da proteção do consumidor na atuação das autoridades regulatórias e na lentidão de solução das demandas trazidas pelos consumidores.

Em pesquisa realizada pelo IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), apontaram-se os setores regulados como significativamente problemáticos no que tange às demandas relativas à relação de consumo⁹⁶.

No caso da ANATEL, os principais apontamentos da pesquisa foram a ausência de atuação da agência em situações relevantes como a discriminação de pulsos e eliminação de postos de atendimento. Tais procedimentos afetam diretamente o consumidor pela violação do direito à informação acerca do serviço prestado e pela restrição de atendimento acaba transferindo a solução das demandas dos consumidores para órgãos públicos como o Procon e Poder Judiciário. A agência obteve na pesquisa a avaliação como “muito ruim”.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 12 set. 1990. Título IV.

⁹⁵ PRADO, Otávio. Agências reguladoras e transparência: a disponibilização de informações pela Aneel. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 40, p. 643. jul./ago. 2006.

⁹⁶ **Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC**. Pesquisa de avaliação divulgada em 7 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

ANATEL		 muito ruim
problemas do setor	regulação econômica e regulamentação técnica	fiscalização
<ul style="list-style-type: none"> • Aumentos de tarifas, principalmente o preço da assinatura • aumento na inadimplência e corte do serviço, com inclusão do consumidor nos cadastros de restrição ao crédito • problemas de qualidade e de desrespeito ao consumidor: aumento das reclamações 	<ul style="list-style-type: none"> • omissão na implementação de um sistema de discriminação de pulsos e no fechamento dos postos de atendimento das empresas de telefonia • tem realizado fiscalização e a implementação das metas de universalização previstas nos contratos das empresas de telefonia 	<ul style="list-style-type: none"> • penalidades irrisórias • aplicadas após o encerramento de todos os procedimentos administrativos, o que leva cerca de dois anos. • multas esporádicas por infrações ao Código de Defesa do Consumidor

Já no caso da ANVISA, há crítica com relação à postura omissa da agência frente à problemática dos transgênicos, bem como se afirma ter cedido às pressões dos agentes regulados. Porém a atuação positiva da agência na assunção da proteção a direitos do consumidor a colocaram na posição de atuação “regular.

ANVISA		regular
problemas do setor	regulação econômica e regulamentação técnica	fiscalização
<ul style="list-style-type: none"> • problemas de qualidade em produtos e serviços sujeitos ao seu controle • série de problemas a enfrentar, como a comercialização de medicamentos; a qualidade de produtos de saúde, domissanitários e alimentos; farmácias; serviços de saúde; entre outros 	<ul style="list-style-type: none"> • assumiu questões de interesse do consumidor, proporcionou avanços na revisão de regulamentos técnicos e na implantação de alguns programas. Exemplos: inspeção de indústrias de medicamentos e de determinadas indústrias de alimentos; início do monitoramento de resíduos de agrotóxicos e da qualidade sanitária de alimentos; retirada do mercado de alguns medicamentos inseguros • omissão na fiscalização de produtos com ingredientes transgênicos • revogação de regulamentos, como a de riscos da tartrazina nos rótulos dos alimentos • adiamento de aplicação de regulamentos por pressão das empresas, como alimentos para lactentes e rotulagem nutricional 	<ul style="list-style-type: none"> • poucas penalidades/multas em casos de infração • retirada de medicamentos, alimentos e produtos domissanitários do mercado, tanto por ineficácia como por falta de registro.

Com relação à ANS, severas críticas foram registradas na pesquisa: A possibilidade de reajustes por alteração de faixa etária, ausência de regulamentação

adequada para as doenças pré-existentes (cuja identificação podem excluir a cobertura prevista no plano de saúde), a viabilidade de alterações unilaterais nos contratos e, no âmbito da fiscalização, referiu-se ao baixo aproveitamento das multas.

A avaliação da ANS apontou para uma atuação classificada como “muito ruim”

ANS		Muito ruim
problemas do setor	regulação econômica e regulamentação técnica	Fiscalização
<ul style="list-style-type: none"> • histórico de problemas e abusos recorrentes • diminuição na rede credenciada • exclusão de procedimentos e impedimento de acesso aos serviços de saúde • preços abusivos e proibitivos aos idosos • problemas de relacionamento entre consumidores e operadoras • altos índices de reclamação 	<ul style="list-style-type: none"> • exclusão de procedimentos • autorização de reajustes por alteração de faixa etária • problemas na regulamentação das doenças e lesões preexistentes • revisão técnica que permite às empresas impor alterações unilaterais, como reajustes de mensalidades ou redução dos hospitais e laboratórios credenciados ao plano de saúde • passos: direção fiscal e/ou técnica; ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS 	<ul style="list-style-type: none"> • baixo índice de aproveitamento das multas aplicadas contra as operadoras (de 46,6 milhões de reais a ANS arrecadou cerca de 0,5%)

Não diferente foi a avaliação do Banco Central do Brasil, sendo apontado como regulador de posição questionável na questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários, bem como relatou a inexistência de dados acerca dos procedimentos fiscalizatórios e multas aplicadas por atuação dos agentes regulados em desconformidade com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

Banco Central do Brasil		Muito ruim
problemas do setor	regulação econômica e regulamentação técnica	Fiscalização
<ul style="list-style-type: none"> desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor: falta de informações; não entrega de contratos com antecedência; mudança unilateral de contratos; filas, etc aumentos de tarifas em valor e quantidade taxas de juros 	<ul style="list-style-type: none"> omissão na proteção ao consumidor “Código de Defesa do Consumidor Bancário”: cópia restrita do CDC ranking de reclamações contra os bancos disponibilizado no site do Banco Central ainda é um instrumento desconhecido e tímido. posicionamento público preocupante à época do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a utilização do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre os bancos e os consumidores 	<ul style="list-style-type: none"> Não há dados sobre fiscalizações e multas contra os bancos e consórcios por desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor ou pelos abusos cometidos pelo setor.

De um modo geral, o resultado da pesquisa realizada aponta para fortes críticas quanto à omissão das autoridades regulatórias na proteção dos direitos do consumidor, bem como traz indícios de ineficácia dos procedimentos fiscalizadores e disciplinadores.

Registre-se ainda outro indício que conduz à necessidade de que as autoridades passem a incorporar a proteção ao consumidor em suas respectivas missões: a quantidade de demandas judiciais contra empresas inseridas no âmbito de setores regulados.

Entidade	2007	%	Entidade	2007	%
1º Telemar	42820	9,61%	16º Ibicard Adm. e Prom. - Banco IBI	5259	1,18%
2º AMPLA	25680	5,76%	17º C&A Modas	5101	1,14%
3º Vivo	23068	5,18%	18º CLARO ATL - Algar Telecom Leste	4750	1,07%
4º LIGHT - Serv.de Eletricidades S/A	22388	5,02%	19º Credicard	4294	0,96%
5º Banco Itaú S/A	20619	4,63%	20º Fininvest S/A	4266	0,96%
6º Banco BRADESCO	10335	2,32%	21º Banco HSBC Bamerindus S/A	3871	0,87%
7º Banco do Brasil S/A	10306	2,31%	22º Banco Santander Brasil S/A	3632	0,82%
8º Banco Unibanco S/A	8214	1,84%	23º Embratel- Emp. Bras. de Telecom.	3368	0,76%
9º TIM Portale Rio Norte S/A	7001	1,57%	24º Casa & Vídeo - Mibilita Comércio e Ind.	3020	0,68%
10º Itaucard Adm. de Cartões de Crédito	6449	1,45%	25º NET / TV Cidade S.A	2836	0,64%
11º Banco ABN AMRO BANK S.A.	6431	1,44%	26º UNIMED	2267	0,51%
12º GLOBEX Utilidades S.A. - Ponto Frio	6310	1,42%	27º Casas Sendas Comércio e Indústria S.A	1783	0,40%
13º Casa Bahia Comercial LTDA	6292	1,41%	28º Nokia do Brasil Ltda.	1756	0,39%
14º CEDAE- Comp. de Água e Esgoto	6180	1,39%	29º Banco Panamericano Arrend. Merc.	1611	0,36%
15º OI TL PCS S/A	5531	1,24%	30º BANESPA S/A Adm. de Cartões	1486	0,33%
			Outros	188.689	42,34%
			Total de Processos Distribuídos	445.613	100,00%

Como demonstra a tabela acima contendo o resultado do estudo realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁹⁷, 22 (evidenciadas em negrito) das 30 empresas mais acionadas estão sujeitas ao controle de autoridades regulatórias.

Ainda que se pondere a natureza comumente massificada dos serviços e produtos nos mercados regulados, o volume de ações judiciais contra agentes regulados mostra-se excessivamente alto quando comparado com o total de processos distribuídos.

Tais dados apontam, ao mínimo, uma necessidade de uma intensificação das autoridades em tutelar tais demandas e incorporar os preceitos de proteção dos consumidores em sua atividade normativa. Para tanto, uma articulação entre as autoridades regulatórias e os órgãos de proteção ao consumidor seria adequada, conforme afirma Floriano de Azevedo Marques Neto:

Outro ponto, que está a carecer melhor tratamento legislativo, é a articulação entre os órgãos reguladores setoriais e os órgãos de tutela dos interesses gerais (difusos) da sociedade. Cremos haver um vácuo na grande maioria das legislações setoriais no que toca à articulação das Agências quer com os órgãos de defesa da concorrência, quer com os órgãos de proteção ao consumidor. A previsão de instâncias de integração e de processos de articulação se mostra fundamental para aprimorar a regulação.⁹⁸

4.1.2 Participação no processo legislativo

Como autoridade especializada em setores específicos, as agências reguladoras potencialmente podem contribuir no processo legislativo que se refira à edição de leis referentes aos seus respectivos campos de atuação.

O fornecimento de dados relativos aos desempenhos do mercado regulado e informações acerca do funcionamento do setor tende a auxiliar o Poder Legislativo no exame da adequação da solução legislativa aos setores regulados, contribuindo para aumentar a previsibilidade do impacto das medidas legislativas nos setores

⁹⁷ **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://tj.rj.gov.br>> Acesso em: 12 jan. 2008.

⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. **ABAR** – Associação Brasileira de Agências de Regulação. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/documentos>> Acesso em: 10 Jan. 2008, p. 51.

regulados, definir direcionamento de investimentos do fundo público e evitar a adoção de modelos que possam prejudicar a atuação regulatória.

4.1.3 Atuação na esfera jurisdicional

No âmbito jurisdicional, a atuação horizontal das autoridades regulatórias pode se dar pelo fornecimento de informações e subsídios necessários aos julgadores para auxílio nas decisões de litígios relativos aos participantes do ambiente regulado.

Não é raro o procedimento de expedição de ofícios pelos magistrados direcionados às autoridades reguladoras requerendo informações que detêm em razão de suas atividades, ou esclarecimentos de caráter técnico sobre determinadas operações.

A cooperação das autoridades regulatórias com o Poder Judiciário pode se dar ainda sob a forma de convênio operacional. Tome-se como exemplo o convênio operacional denominado *BACEN JUD*, celebrado entre o BACEN e o Poder Judiciário que, visando garantir uma maior efetividade e celeridade na execução judicial, permite que o juiz, de forma integralmente informatizada, proceda ao bloqueio de ativos do executado junto às instituições financeiras reguladas por aquele órgão, como consta do parágrafo primeiro do Convênio de Cooperação Técnico-institucional firmado:

Por intermédio do sistema BACEN JUD 2.0 poderão ser encaminhadas às instituições financeiras bancárias ordens judiciais de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores existentes em constas de depósito à vista (contas correntes), de investimento e de poupança, depósitos a prazo, aplicações financeiras e outros ativos passíveis de bloqueio, de pessoas físicas e jurídicas, bem como outras ordens judiciais...⁹⁹

Tal sistema somente foi possível mediante cooperação espontânea entre os órgãos do Poder Judiciário e a autoridade reguladora do sistema financeiro.

⁹⁹ **Convênio de Cooperação Técnico Institucional que fazem entre si o Banco Central do Brasil, Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Federal de Justiça para fins de operacionalização do Sistema BACEN JUD 2.0.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2080>> Acesso em: 7 Jan. 2008.

Por fim, a atuação das autoridades regulatórias como *amicus curiae*, figura de direito processual que possibilita a participação de terceiros no procedimento judicial com o objetivo de auxiliar o julgador à compreensão fática e elementos que contribuam para a formação de sua decisão.

Tal atuação não se confunde com a capacidade das autoridades postularem em juízo para defesa de seus interesses, pois a atuação das autoridades neste âmbito seria igualmente eqüidistante das partes, tendo somente a finalidade de contribuir com a corte para a solução da lide.

Como afirma Gustavo Binenbojm, abordando os precedentes do Superior Tribuna de Justiça Agravo Regimental na Petição nº 1.621/PE, Corte Especial, j. 02.05.2002 e Agravo Regimental no Resp nº 326.097/CE – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 02.05.2002, “O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, tem admitido a intervenção de agências reguladoras em processos intersubjetivos, na qualidade de *terceiro especial (amicus curiae)*.”¹⁰⁰

Esta possibilidade consta expressamente na Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu art. 7º, § 2º:

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.¹⁰¹

4.2 Interação entre as autoridades regulatórias

As relações entre as autoridades regulatórias podem ser identificadas em três prismas distintos: (i) a troca de informações úteis ao cenário regulatório; (ii) a

¹⁰⁰ BINEBOJM, Gustavo. A dimensão do *Amicus Curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 21 Fev. 2008, p. 14.

¹⁰¹ BRASIL. Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 nov. 1999.

cooperação das autoridades em projetos de natureza multidisciplinar e (iii) seu comportamento frente à complementaridade ou sobreposição de competências.

Primeiramente, em que pese as especificidades dos setores regulados, a troca de informações, transmissão de práticas de regulação e análises multidisciplinares, podem em muito contribuir com o aperfeiçoamento da atividade regulatória no cenário brasileiro.

Registre-se, neste sentido, a existência da Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), entidade associativa de Direito Privado, tendo entre suas principais finalidades:

II - promover o aprimoramento da regulação nacional, assim como a estruturação material, capacitação técnica e incremento dos recursos humanos das agências reguladoras, através da mútua colaboração entre as associadas, os entes públicos, os delegatários de serviços públicos e os usuários;

VI - incentivar e promover o intercâmbio de conhecimentos e informações entre as associadas e destas com suas congêneres do exterior;¹⁰²

No âmbito concorrencial, a colaboração dos reguladores setoriais no fornecimento de informações é necessária para análise, por parte autoridade de defesa da concorrência, dos impactos dos atos de concentração e fornecimento de elementos quanto às condutas dos agentes regulados que possam ser consideradas anticompetitivas, tal como o termo de compromisso celebrado entre o CADE e a ANEEL para cooperação institucional em ações conjuntas na defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro, estabelecendo como uma obrigação das partes manifestas em sua cláusula segunda:

b) nivelamento de informações relativas às questões concorrenciais e ao novo modelo do setor elétrico, em decorrência do surgimento do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, do Operador Nacional do Sistema – ONS e de novos agentes no mercado, causados pelas privatizações.¹⁰³

¹⁰² Estatuto da ABAR - Associação Brasileira de Agências de Regulação, art. 2º, incisos II e IV. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/documentos>> Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁰³ **Termo de compromisso que entre si celebram o CADE e a ANEEL para cooperação institucional em ações conjuntas na defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro.** Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura_arquivo/default.cfm?idAplicacao=4> Acesso em: 08 Jan. 2008.

Do mesmo modo, em que pese a discussão acerca das competências de autorização prévia a atos de concentração ventilada pelo CADE e o BACEN, ambas as autoridades firmaram convênio para o compromisso de disponibilização de informações, estudos setoriais, acervos e inclusive a criação de uma comissão mista de representantes de ambas as instituições para coordenação da cooperação técnica entre as duas autarquias.

4.3 Instrumentos de integração e alinhamento

Além da definição legal de competências e formas de atuação, existem outras modalidades de coordenação e gestão das atividades das agências, que potencialmente podem conferir a desejada efetividade de uma atuação conjunta e o alinhamento com as políticas públicas emanadas do Poder Executivo Central.

Em geral tais instrumentos permitem a vinculação da autoridade regulatória a objetivos práticos, porém relevantes para o contexto geral da administração pública, merecendo destaque os convênios operacionais, permitindo a cooperação recíproca das agências reguladoras entre si ou com os demais órgãos da estrutura estatal, e os contratos de gestão, objetivando alinhar os resultados da atuação da Administração Pública Indireta aos objetivos gerais do governo conduzidos pela via ministerial.

4.3.1 Convênios operacionais

Neste sentido, quer entre as agências, quer entre estas e os demais componentes da estrutura estatal, convênios operacionais podem ser celebrados visando uma cooperação para atingimento de relevantes objetivos estatais.

Na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro acerca dos convênios, “define-se convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou

privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.¹⁰⁴

Como se pode depreender desta definição, a cooperação dos agentes ocorre na busca de uma finalidade que lhes seja comum, não havendo interesses concorrentes tal como ocorre nos contratos. Ambos os entes buscam, por intermédio da cooperação, cumprir os objetivos e interesses que lhe foram atribuídos no âmbito estatal.

No setor de energia elétrica, a ANEEL conta com diversos convênios estabelecidos com as chamadas agências estaduais de regulação como forma de descentralização de sua atuação, estabelecendo as atividades e plano de metas que devem ser seguidos pelos reguladores estaduais. Como se depreende do próprio texto dos Convênios, visa com isso “... o objetivo de prestar um serviço mais ágil e próximo dos consumidores e dos agentes, adaptando suas ações à realidade local.”¹⁰⁵

Além disso, a ANEEL as demais conveniadas estatais comprometem-se com a aplicação de seus princípios, diretrizes e objetivos na execução das atividades constantes dos convênios.

Os convênios de cooperação operacional além de possibilitar uma otimização dos recursos e estruturas da administração pública, potencializando o alcance e a efetividade da atuação pública, de forma secundária proporcionam uma maior padronização desta atuação, pois as definições da execução do convênio são acordadas de forma a criar uma linha de atuação comum entre as entidades, ou conforme explica Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes:

O convênio, enquanto acordo de natureza pública, não envolve, nem pode envolver, transferência de competências constitucionais para prestação de determinado serviço público, mas pode instrumentalizar um acordo de cooperação para o exercício da regulação e da fiscalização, por meio do ente regulador integrante da administração indireta de outro ente político, permanecendo sob a pessoa jurídica de direito público, titular da

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 292.

¹⁰⁵ **Convênio nº 001/2007 celebrado entre a ANEEL e a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso (AGER-MT)**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura_arquivo/default.cfm?idaplicacao=66> Acesso em: 06 jan. 2008.

competência, a responsabilidade pela regular e adequada prestação da atividade pública envolvida.¹⁰⁶

Embora o fato de tal instituto aplicado no âmbito do poder público não contar com uma estruturação jurídica geral, que incentivasse, direcionasse e controlasse sua formalização, os convênios apresentam o potencial de representar idoneamente as necessárias colaborações entre as múltiplas autoridades regulatórias brasileiras e os demais órgãos estatais.

4.3.2 Contratos de gestão

A figura do contrato de gestão surgiu com a finalidade de proporcionar à Administração Pública Direta o estabelecimento de metas e parâmetros de eficiência às entidades da Administração Pública Indireta ou entidades privadas, que em contrapartida recebem aumento de sua autonomia ou alguns tipos de benefícios (utilização de bens públicos, recursos financeiros ou de trabalho), desde que se sujeitando a um maior controle.

Embora já se utilizasse essa figura desde 1991, com o Decreto 137, de 27/05/91, celebrados com a Petrobrás e a Vale do Rio Doce, somente com a Emenda Constitucional nº 19, a possibilidade de ampliação da autonomia dos entes da administração direta e indireta via contrato, inserindo o parágrafo 8º no art. 37 da Constituição da República:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

¹⁰⁶ MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Arnoldo. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 141, p. 158, jan./mar. 1999.

III - a remuneração do pessoal.¹⁰⁷

Ainda que previstos constitucionalmente, como assevera Celso Bandeira de Mello, tais “contratos” carecem de definição legal e:

Foi normativamente utilizado para referir duas realidades visceralmente distintas, a saber:

- a) pretensos “contratos” travados com sujeitos (pessoas jurídicas) integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado;
- b) contratos travados com pessoas alheias ao Estado (“organizações sociais”), que não guardam relação alguma com os anteriores.¹⁰⁸

No escopo do presente texto, interessa especialmente a abordagem da primeira modalidade. Como se infere do item “a”, a expressão contratos não pode aqui ser entendida na definição técnica jurídica de contrato, pois sua natureza jurídica exigiria características não presentes na construção ora discutida.

Na lição de Egon Bockmann Moreira, a ausência de capacidade em razão da inexistência personalidade jurídica própria dos órgãos da administração direta, de obrigações e prestações recíprocas que representem uma relação sinalagmática e de concorrência dos interesses de ambos os “contratantes” uma vez que vinculados pelo mesmo interesse público, afastam a possibilidade de caracterização jurídica como contrato, deslocando-o para a natureza jurídica de ato administrativo complexo:

Em verdade, tal contrato de gestão firmado pelas autarquias que se qualificarão de agências executivas não é juridicamente um contrato. Tem natureza jurídica de um ato administrativo complexo firmado simultaneamente por inúmeros agentes públicos...¹⁰⁹

Também afirma tal impossibilidade de configuração contratual, Maria Sylvia Zanella di Pietro, porém deslocando-o para a figura de convênio:

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Manole, 2004, p. 41-51.

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 209.

¹⁰⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **As agências executivas brasileiras e os “contratos de gestão”**. Revista dos Tribunais, v. 814. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

Mesmo se tratando de contrato de gestão entre entidade da Administração Pública Indireta e o Poder Público, a natureza efetivamente contratual do ajuste pode ser contestada, tendo em vista que a existência de interesses opostos e contraditórios constitui uma das características presentes nos contratos em geral e ausente no contrato de gestão, pois é inconcebível que os interesses visados pela Administração Pública Direta e Indireta sejam diversos. É incontestável que a sua natureza se aproxima muito mais dos convênios do que dos contratos propriamente ditos.¹¹⁰

Registre-se adicionalmente, a observação de Marçal Justen Filho:

A figura do contrato de gestão apenas pode ser compreendida no contexto da soft law. Trata-se de um instrumento de controle da conduta intersubjetiva, mas destituído das características típicas da normatização jurídica tradicional.”¹¹¹

O dispositivo constitucional em exame ainda refere a possibilidade de contrato entre órgãos da Administração Pública Direta, o que novamente ressalta a impropriedade jurídica do instituto, objeto de crítica por Celso Antonio Bandeira de Mello, asseverando que, a ausência de autonomia dos órgãos, sua condição de meras divisões internas de um mesmo ente, impossibilidade de se conceber vontade dos órgãos da administração por si próprios e a ausência de responsabilização dos agentes, dada a impossibilidade de sua realização, tornariam o instituto não idôneo a ser reconhecido no âmbito jurídico:

Assim, tal dispositivo constitucional – no que concerne a contrato entre órgãos – haverá de ser considerado como não escrito e tido como um momento de supina infelicidade de nossa história jurídica, pela vergonha que atrai sobre nossa cultura, pois não há acrobacia exegética que permita salvá-lo e lhe atribuir um sentido compatível com o que está na própria essência do Direito e das relações jurídicas.¹¹²

O que se pode perceber da construção deste mecanismo, é que ainda que reflitam uma necessidade lícita da Administração Pública em inserir maior previsibilidade e foco nos resultados necessários para implementação das políticas públicas, deixou-se de primar pela necessária especificação jurídica do instituto.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 292.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 410.

¹¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 219.

Não obstante este fato, a realidade administrativa estatal demanda instrumentos que possibilitem a fixação de metas e indicadores de controle de desempenho dos setores regulados, sendo indispensável que se reconheça, ainda que com consequências jurídicas limitadas, a relevância do contrato de gestão no atendimento desta finalidade.

Sua caracterização como ato jurídico complexo, dada sua natureza de especificação de indicadores e formas de acompanhamento de deveres já legalmente expressos, como afirma Egon Bockmann Moreira, “produz efeitos internos e externos à Administração Pública, na medida em que seu conteúdo se desdobra mediatamente em face das pessoas privadas”¹¹³.

Pela análise das mencionadas interações de que participam as autoridades regulatórias identifica-se um universo de possibilidades de cooperação com outras entidades do poder público.

Tal cooperação pode contribuir para o incremento da efetividade da atuação regulatória, bem como para a integração destas autoridades com as demais instituições públicas na persecução de objetivos públicos.

¹¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. **As agências executivas brasileiras e os “contratos de gestão”**. Revista dos Tribunais, v. 814. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

CAPÍTULO 5 - O controle e coordenação da atividade regulatória

Se, por um lado, a autonomia e independência necessárias para garantia de uma regulação isenta por parte das agências proporcionam uma possibilidade de ampla atuação, esta mesma amplitude demanda uma necessidade de controle e fiscalização acerca do exercício de suas competências no estrito cumprimento da legalidade e do alinhamento com o planejamento e políticas públicas.

Neste sentido, a análise dos relacionamentos com outras entidades públicas, agora sob as perspectivas dos instrumentos pelos quais tais entidades podem controlar ou coordenar a atuação regulatória, porém sem afetar a autonomia e independência característica das agências.

5.1 Controle da Atuação

A mesma lógica aplicada ao fenômeno da privatização – ao transferir a execução de serviços de titularidade estatal para a livre iniciativa surge ao Estado o dever de regulá-lo – pode ser aplicada ao fenômeno de descentralização da máquina estatal.

Ao criar entidades regulatórias, em especial aquelas dotadas de autonomia e independência, o Estado adquire o dever de controle de sua atuação de modo a evitar a ocorrência de abusos e distorções no exercício da atuação regulatória ou sua incompatibilidade com as políticas públicas.

5.1.1 Autotutela

Em um primeiro momento, há que se ressaltar a importância de que as agências sejam responsáveis pelo seu próprio controle, o que significa dizer que, tal como ocorre em todo o âmbito da administração pública, cada agência deve ser capaz de fiscalizar a legalidade e adequação de seus atos, evitando-se desta forma

a necessidade de se recorrer a instâncias externas quando detectadas distorções em sua atuação.

A autotutela, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “corresponde ao poder que tem a Administração de rever os próprios atos, para corrigir ou anular os ilegais, bem como revogar os inoportunos ou inconvenientes, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.”¹¹⁴

A coerência e adequação dos atos regulatório devem, portanto, ser objeto de contínua verificação por parte das autoridades e culminar no aperfeiçoamento ou eliminação daqueles que não sem apresentem em desconformidade com a finalidade regulatória ou com a legalidade.

5.1.2 Controle externo e o Tribunal de Contas da União

Pelo disposto na Constituição da República em seu art. 49, inciso X, incumbe ao Congresso Nacional a competência exclusiva de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”¹¹⁵

No art. 70, estabelece o controle externo da utilização dos recursos públicos da União no âmbito dos demais poderes:

Art. 70. – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.¹¹⁶

Como órgão de auxílio ao exercício desta atribuição, estabelece em seu art. 71 as competências do Tribunal de Contas da União (TCU).¹¹⁷

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 368.

¹¹⁵ BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Manole, 2004, p. 59.

¹¹⁶ Idem, p. 72-73.

¹¹⁷ Idem, p. 73-74.

A abrangência constitucional do controle externo contempla necessariamente as entidades da administração indireta e conseqüentemente das autoridades regulatórias.

A principal questão relativa à atuação do TCU nas auditorias realizadas junto às autoridades regulatórias, em especial aquelas dotadas de independência, é a avaliação de desempenho da atuação regulatória. No entendimento de Walton de Alencar Rodrigues:

Assente a competência constitucional do TCU de realizar auditorias e inspeções, de natureza operacional, e aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência, bem como a legitimidade da ação estatal, não poderia prescindir a Corte de Contas de fiscalizar a ponta de lança final da atuação das agências reguladoras, os contratos de concessão, os de permissão e os atos de autorização para prestação de serviços públicos.¹¹⁸

Tal amplitude adviria do fenômeno de ampliação de escopo de atuação dos entes fiscalizadores, como menciona Eduardo Granha Magalhães Gomes:

Na esteira dos preceitos da nova gestão pública, particularmente da gestão focada em resultados ou, mais precisamente, da busca de responsabilização dos administradores públicos tendo por base seu desempenho, o Tribunal de Contas da União, similarmente ao que vêm fazendo entidades “irmãs” em outros países como EUA (US General Accounting Office — GAO) ou Reino Unido (UK National Audit Office — NAO), ampliou seu escopo de atuação além das auditorias de regularidade.¹¹⁹

Nesta perspectiva, a discussão nuclear da atuação do TCU no exercício do controle externo sobre as agências reguladoras está em identificar qual o limite deste controle. A potencialização das auditorias para alcançar os aspectos identificados com o mérito das soluções regulatórias adotadas poderia se configurar como atribuição do TCU?

Ainda que na posição já mencionada de Walton de Alencar Rodrigues possa-se inferir que sim, uma análise mais acurada do texto constitucional vincula a atuação do TCU aos aspectos ligados à gestão dos recursos públicos, e, portanto, indica um importante limite de sua atuação. A atuação além deste limite

¹¹⁸ RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. São Paulo: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 33, p. 349-350, set./out. 2005.

¹¹⁹ GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições? Rio de Janeiro: **Revista da Administração Pública**, 40(4):615-30, p. 624, jul./ago. 2006.

representaria extensão não autorizada constitucionalmente, vez que não inserida nas atribuições do TCU.

Neste sentido afirmam Marçal Justen Filho: “não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência,”¹²⁰ e Luís Roberto Barroso, “nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora”¹²¹.

Ainda que numa perspectiva material a avaliação do desempenho regulatório das autoridades seja necessária, ou até imprescindível, cabe concluir que tal atuação não pode ser inserida nas atribuições do TCU, sob pena de ferir a autonomia das autoridades reguladoras, bem como o princípio da separação dos poderes.

5.1.3 Revisão judicial

A questão do controle jurisdicional da atuação das agências reguladoras também é objeto de debate. Pouca ou nenhuma dúvida reside no controle jurisdicional sob o aspecto da legalidade de seus atos, porém sua natureza de especificidade técnica abre margem à discussão da possibilidade de revisão judicial das decisões baseadas na denominada discricionariedade técnica.

Basicamente, põe-se em cheque a possibilidade e intensidade do controle jurisdicional sobre a atividade regulatória, para a qual algumas questões mereceriam destaque: em que amplitude a reputada discricionariedade técnica das agências reguladoras está sujeita ao controle jurisdicional? A opção técnica constante das soluções adotadas pelas agências pode ser adequadamente analisada pelo Poder Judiciário?

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 589.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>> Acesso em: 21 jul. 2006.

As mesmas características de autonomia e independência das agências reguladoras que garantem a isenção da atividade regulatória demandam uma necessidade mais intensa de controle e, como tal possibilidade é intencionalmente limitada no âmbito da Administração Direta, a revisão judicial torna-se relevante mecanismo para realização deste controle.

Neste sentido, Leila Cuéllar aponta a imprescindibilidade do controle jurisdicional desta atuação: “além do controle exercido pelo Tribunal de Contas, é de fundamental importância a possibilidade de revisão dos atos praticados pelas agências pelo Poder Judiciário.”¹²²

Porém, pode o Poder Judiciário atingir o mérito da solução regulatória adotada? Como já verificado na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a discricionariedade somente encontra respaldo quando não se pode *extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente*.

Portanto, deve-se questionar quais os fatores permitiriam a verificação de adequação material da opção regulatória adotada, que possibilitariam uma revisão judicial coerente.

Primeiramente, há que se evidenciar que os momentos de análise são diferentes. A análise realizada pela agência no processo de formação da norma é preliminar, enquanto que na verificação judicial tal análise já conta com a efetiva experiência prática da norma em discussão. Isto implica dizer que uma análise da norma *a posteriori* tem muito mais condições de apontar sua adequação como solução à situação concreta.

Tal pensamento conduz ao questionamento se a técnica constante nas soluções regulatórias adotadas pelas autoridades representaria óbice à análise jurisdicional

Neste ponto, o reconhecimento da impossibilidade de controle jurisdicional do ato regulatório sob argumento da discricionariedade técnica, seria reconhecer uma

¹²² CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p.140

capacidade regulatória extremamente livre das agências, podendo facilmente transformar-se em arbitrariedade.

É fato que tal controle exigirá do julgador uma necessária assessoria pericial para suprir a análise das especificidades técnicas que compõem a racionalidade que deu origem à norma. Como ressalta Rafael Wallbach Schwind, suprida esta “carência técnica” por intermédio de técnicos especialistas, “... o fato de o julgador não dispor dos conhecimentos técnicos detidos pela agência reguladora não é fator que exclua o controle jurisdicional do ato praticado por esse ente mediante apreciações técnicas.”¹²³

Egon Bockmann Moreira, reforça tal posição, inferindo:

Não existe decisão altamente técnica que não possa ser imparcialmente avaliada em juízo, nem tampouco existe uma perícia exclusiva, sigilosa, desconhecida dos demais cientistas e expertos. Não será essa nomenclatura instrumento hábil a afastar o exame e controle jurisdicional.¹²⁴

Ressalte-se, por fim, que a análise técnica é elemento componente do motivo do ato regulatório e o motivo, por sua vez, condição de validade do ato administrativo. Portanto, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, “... não há como fugir da conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. A ser de outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos.”¹²⁵

5.1.4 Recurso hierárquico impróprio

Abre-se um parêntese neste ponto, para se tecer algumas palavras acerca do mecanismo do Recurso Hierárquico Impróprio e as agências reguladoras independentes.

¹²³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder Normativo das Agências Reguladoras, Apreciações Técnicas e Controle Jurisdicional. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 240, 2004.

¹²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 219.

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

Em recente episódio ocorrido no âmbito da ANTAQ envolvendo a cobrança de taxas pela entrega de contêineres aos recintos alfandegários, um dos agentes regulados interpôs recurso hierárquico impróprio ao Ministério dos Transportes, objetivando a revisão da decisão da agência, recurso que foi conhecido e provido pelo órgão ministerial.

Em parecer da Advocacia Geral da União sobre o assunto, houve conclusão pelo cabimento de recursos hierárquicos impróprios das decisões proferidas por agências reguladoras aos Ministérios a que estão vinculadas, sob o fundamento de que:

O recurso hierárquico impróprio não encontra objeções já que inexistente área administrativa imune à supervisão ministerial, reduzindo-se, contudo, o âmbito de seu cabimento, de modo idêntico, na mesma razão inversa da obediência às políticas de iniciativa do Ministério supervisor.¹²⁶

Tal parecer foi submetido ainda ao Presidente da República para aprovação que, nos termos do Art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/93 vincula a Administração Pública, o que efetivamente ocorreu em 13 de junho de 2006.

Tal decisão foi objeto de críticas como a de Vicente Bagnoli, em razão de representar a possibilidade de redução da autonomia das Agências Reguladoras Independentes:

...o maior revés às agências reguladoras, ocorre com o despacho do Presidente da República em 2006 ao aprovar o Parecer da Advocacia-Geral da União, que analisando a divergência entre o Ministério dos Transportes e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) reconhece o “recurso hierárquico impróprio”, algo que interfere decisivamente na autonomia e na independência das agências reguladoras”.¹²⁷

No entanto, pode-se depreender do próprio fundamento do parecer que a hipótese de cabimento está adstrita aos casos em que os atos questionados contrariem as políticas públicas formuladas pelos Ministérios. Neste sentido, ressalvados os possíveis abusos de tal instrumento, mostra-se lícito afirmar que a

¹²⁶ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. AGU/AC-51/2006**. Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Processo 50000.029371/2004-83. Consultor: Marcelo de Siqueira Freitas. Diário Oficial, Seção 1 p.1-11, de 18 de junho de 2006.

¹²⁷ BAGNOLI, Vicente. **Autonomia e independência das agências reguladoras**. São Paulo: Faculdade de Direito Mackenzie, 2007, p. 3.

intenção de realinhamento das atuações das agências às políticas públicas é idônea, inclusive consistente com o conceito de regulação aqui adotado.

Cabe, no entanto, ressaltar a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pela necessidade de previsão legal expressa para utilização deste instrumento:

O recurso hierárquico impróprio é dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Precisamente por isso é chamado impróprio. Não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível se previsto expressamente em lei.¹²⁸

Não obstante, no caso mencionado a ausência de previsão expressa não foi considerada óbice ao entendimento pela possibilidade de cabimento consubstanciada no parecer da AGU, fundamentando tal possibilidade na necessidade de alinhamento da atuação das agências às políticas públicas:

Reconhecimento da aplicação sistemática das prerrogativas constitucionais de regulação privativas do Presidente da República – e então a aferição da autonomia das agências e de suas condutas além de diretamente vinculadas às suas finalidades institucionais se mede principalmente pela adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente a República e os Ministérios que o auxiliam.¹²⁹

Neste diapasão, ainda que os fundamentos apresentados pela Advocacia Geral da União representem uma intenção apropriada de compatibilização da atuação das agências às políticas públicas, se a dotação de autonomia e independência constante das legislações das agências admitisse tal exceção, deveria fazê-lo expressamente.

5.2 Papel do planejamento e das políticas públicas

A já mencionada reformulação do papel do Estado para garantidor das condições de equilíbrio econômico e desenvolvimento impõe a necessidade de

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 631.

¹²⁹ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. AGU/AC-51/2006**. Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Processo 50000.029371/2004-83. Consultor: Marcelo de Siqueira Freitas. Diário Oficial, Seção 1 p.1-11, de 18 de junho de 2006.

planejamento. Tal dever é constitucionalmente atribuído ao Estado na Constituição da República em seu art. 174:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.¹³⁰

Na abordagem desenvolvida por Eros Roberto Grau, o planejamento “é a forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos”¹³¹.

De tal definição, pode-se depreender ao menos três pontos chaves: (i) a necessidade de previsibilidade dos comportamentos econômicos e sociais; (ii) a importância da fixação de objetivos claros; e (iii) a coordenação dos meios de ação.

No que se refere ao primeiro ponto, relativo à previsibilidade do comportamento, pressupõe-se necessariamente o conhecimento do objeto da ação estatal. Isto significa dizer que para prever o comportamento é indispensável ao Estado conhecer e entender os mecanismos que regem as escolhas dos agentes e como direcioná-las de forma eficiente. É o que ressalta Calixto Salomão Filho:

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos de desenvolvimento. Como já anteriormente discutido, o principal problema de qualquer ação econômica, seja estatal ou privada, é um problema de conhecimento. Conhecer a realidade é pressuposto essencial para que se possa modificá-la.¹³²

Deste modo, é de suma importância que as políticas públicas que compõem o planejamento estatal estejam intimamente fundamentadas nas características do objeto de suas implementações. Tal alinhamento é preponderante para a efetividade de tais políticas.

¹³⁰ BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Manole, 2004, p. 134.

¹³¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 301.

¹³² SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 60.

Esta relação, entre o planejamento e seu objeto, torna-se dinâmica na medida em que as ações estatais, influenciando no comportamento dos agentes, geram reações que podem modificar a realidade, demandando a necessidade de revisão constante do planejamento e seus mecanismos de implementação.

É neste sentido que se ressalta a importância do segundo ponto, relativo à necessidade de fixação clara de objetivos, pois tal dinâmica teria o condão de interferir tão somente nos mecanismos de implementação destes objetivos, porém estes deveriam permanecer intactos até seu efetivo atingimento.

O fato do planejamento constituir-se *determinante para o setor público*, torna-o fonte indispensável de análise das decisões administrativas e portanto permite o questionamento e revisão destas decisões quanto ao alinhamento com a ação planejadora do Estado, bem como seu caráter *indicativo para o setor privado*, torna-o guia às decisões de particulares nas relações de sua atividade econômica. Ambos os aspectos demandam a exposição clara dos fins que se pretende atingir.

Com o entendimento da realidade que se pretende modificar, e a definição dos objetivos de tal mudança, o Estado passa a escolha dos mecanismos e sua coordenação. Como afirma Fábio Konder Comparato:

O novo direito econômico surge como conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado. Frequentemente, tais técnicas são coordenadas num quadro geral que exprime o conjunto de política econômica, e que é o **plano**. (Grifo do autor).¹³³ [sic]

Sob esse prisma, há que se considerar que o conjunto de políticas públicas estatais devem estar alinhadas em um plano geral, que vincularia a atuação de todas as esferas do poder público à sua persecução.

Este raciocínio parece conduzir para a necessidade de se encarar o planejamento e políticas públicas como limitador da autonomia das agências reguladoras independentes. Melhor explicando, a atuação das autoridades

¹³³ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. **Revista dos Tribunais**. v. 353, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 22, mar.1965.

regulatórias devem igualmente objetivar a realização das políticas públicas evidenciadas pela administração direta.

Inferir uma não vinculação das agências reguladoras independentes aos parâmetros fixados nas políticas públicas acarretaria carência de legitimidade de sua atuação. O fiel da balança entre as atuações da Administração Direta e das autoridades regulatórias deve ser o grau de alinhamento com as políticas públicas, que se corretamente expostas, servirão como base para avaliação imparcial das soluções regulatórias.

5.3 Coordenação das atividades e abordagem do Projeto de Lei 3.337/04

O Projeto de Lei nº. 3.337 de 12 de abril de 2004 propõe o estabelecimento de regras gerais de uniformização da atuação das agências reguladoras independentes, referindo-se à gestão, aos mecanismos de controle social e à organização de referidas autarquias especiais.

Como consta da exposição de motivos, pretende-se:

... deixar claro à sociedade que planejamento e formulação de políticas setoriais cabe aos órgãos da administração direta. Às Agências Reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes toca, a política setorial.¹³⁴

De forma sintética, o projeto visa posicionar as agências reguladoras independentes em relação aos ministérios, autoridades de defesa da concorrência, bem como a definição de mecanismos de controle social e aproximação com os objetivos de proteção do consumidor.

¹³⁴ **Projeto de Lei n. 3.337/04.** Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/especial/pl333704>> Acesso em: 10 dez. 2007.

5.3.1 Adequação da autonomia em relação aos Ministérios

Basicamente, as principais críticas da atuação das agências independentes em relação aos ministérios é o exercício por aquelas de poderes relativos à formulação de políticas públicas e a possibilidade de outorgas e concessões de serviços públicos.

O projeto tenta solucionar a questão do alinhamento da atuação das agências reguladoras independentes às políticas públicas por intermédio de duas figuras:

- Relatório Anual de Atividades: devendo ser encaminhado ao Ministério a que está vinculada, ressaltando o cumprimento das políticas públicas, conforme o Art. 8º, *caput*: *“As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida pelos Poderes Legislativo e Executivo”*.
- Contrato de Gestão e de Desempenho: visando, conforme o Art. 9º, §4º, II: *“aperfeiçoar as relações de cooperação da Agência Reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei”*, instituindo-o como base para supervisões dos Ministérios e inclusive pelo Tribunal de Contas da União em auditorias operacionais.

A análise da questão do alinhamento deve passar pela própria finalidade de instituição de autoridades independentes para desempenho de atividades regulatórias setoriais.

O que se vê em contraste é de um lado a estabilidade de uma atuação regulatória definida por órgãos com predominância técnica em suas decisões e, portanto, conferindo maior segurança aos investidores no setor, e de outro a flexibilidade das diretrizes fixadas pela Administração Direta na busca da implementação de suas políticas.

A lei ao instituir um sistema regulatório independente, define uma política pública de regulação, pois decorre da idéia de que o desenvolvimento de determinados setores dependia desta característica. A redefinição desta priorização conduz a uma redefinição legal desta política.

Desta forma, a reformulação das políticas setoriais passaria muito antes por uma reformulação dos diplomas legais que a definem do que a criação de mecanismos de alteração de tais políticas por intermédio da atuação direta do Poder Executivo central.

Neste ponto, o papel da Administração Direta deve ser o de zelar pelo alinhamento da atuação das agências aos objetivos das políticas públicas definidas na legislação. Pretender alterá-las é que causa uma interferência inadequada no ambiente regulatório, sendo importante ressaltar a observação de Cesar Mattos e Bernardo Mueller: “...o objeto de controle de um eventual contrato de gestão deveria se basear na aderência das atividades regulatórias a uma diretriz que tende a ser mais estável do que as outras, ou seja, a própria Lei.”¹³⁵

Desta forma, o mecanismo estabelecido com o contrato de gestão e desempenho não deve se constituir forma de ingerência ilimitada de governo, sendo esse o principal risco de sua implementação.

Risco este que não existe na instituição do Relatório Anual de Atividades, pois muito mais do que ferramenta de controle de atuação, proporciona transparência à atuação regulatória, dando a base técnica das opções regulatórias. O “teste” de alinhamento com as políticas públicas exigido pelo proposto texto legal torna possível, por outro prisma, a justificação pela não adoção destas políticas, permitindo que a autoridade possa exprimir a motivação do seu modo de agir e de certa forma evidenciar eventuais conflitos de políticas regulatórias e políticas públicas.

A função de suporte do relatório para as auditorias operacionais do TCU conduz à possibilidade de análises mais técnicas por aquele órgão, ainda que como já mencionado, de atuação limitada.

O outro ponto de crítica advinda por parte dos Ministérios é a atuação das agências nas outorgas e concessões de serviços públicos, como ocorre na Lei 9.472/97, lei que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e

¹³⁵ MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. **Regulando o regulador: a proposta do Governo e a ANATEL**. Texto apresentado no XXXII Encontro Nacional de Economia promovido pela Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia (ANPEC). João Pessoa: ANPEC, 2004. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

institui a ANATEL, atribuindo-a além desta incumbência o respectivo procedimento licitatório são de competência da referida agência.

O projeto em questão propõe a devolução desta prerrogativa aos respectivos ministérios, porém podendo estes proceder à delegação dessas atribuições às agências.

De um lado a autoridade regulatória possui – pelo menos idealmente – predominância de critérios técnicos quando tais procedimentos são realizados naquele âmbito, uma vez que a administração direta parece apresentar-se em condições mais susceptíveis de influências indesejáveis na escolha do concessionário.

Mas registre-se a observação de Floriano de Azevedo Marques Neto, no que tange à imparcialidade da autoridade regulatória:

A dissociação entre poder concedente e Agência é conveniente pois, na regulação da concessão, poder concedente, usuário e concessionário estarão, todos, sujeitos à atividade do regulador. Portanto, é conveniente que, nos contratos de concessão, a Administração Central participe como poder concedente, o que reforça a neutralidade do regulador. A Agência pode, inobstante, promover os atos e procedimentos de outorga e, doutro bordo, integrar o contrato de concessão como agente estatal encarregado de tutelar os interesses envolvidos.¹³⁶

5.3.2 Relevância da transparência e da participação

A transparência na atividade regulatória aparece como um dos fatores essenciais para proporcionar não só a supervisão instituída – que pode emanar de vários mecanismos de controle e orientação conduzidos por diferentes entidades estatais – mas também da sociedade, que depende diretamente do acesso à informação para realizá-la.

O tema da transparência regulatória mereceu ênfase no Projeto de Lei 3.337/04. Nota-se uma preocupação em não só de dar publicidade aos atos

¹³⁶ NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. **ABAR** – Associação Brasileira de Agências de Regulação. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/documentos>> Acesso em: 10 Jan. 2008, p. 26.

emanados pela autoridade, mas também de incentivar a participação dos interessados no processo de formação destes atos.

Sem informação, não há controle e sem controle, a atuação regulatória pode facilmente conduzir-se na direção de abusos e distorções. A transparência das informações apresenta-se, portanto, como uma das premissas básicas para constituição de um controle eficiente no âmbito das agências reguladoras.

O primeiro mecanismo privilegiado no projeto é a consulta pública, não só para os atos normativos, mas para as decisões que possam ser reputadas como de interesse geral dos agentes envolvidos, como disposto no Art. 4º, caput:

Art. 4º. – Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão, as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.¹³⁷

Outra possibilidade é a adoção de audiências públicas para a discussão de assuntos relevantes, mediante decisão colegiada do corpo diretivo das agências reguladoras.

Além destas disposições, durante o curso do processo de formação da norma, da realização de consultas ou audiências públicas e de seu resultado, ressalta a necessidade de ampla divulgação, evidenciando-se a Internet como ferramenta obrigatória de disponibilização destas informações.

Cabe reforçar, como já mencionado anteriormente, que a transparência e participação são importantes ferramentas para a promoção da legitimidade do processo decisório na atividade regulatória.

¹³⁷ **Projeto de Lei n. 3.337/04.** Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/especial/pl333704>> Acesso em: 10 dez. 2007.

5.3.3 A representação dos consumidores/usuários

A criticada atuação das agências no âmbito do atendimento aos princípios das relações de consumo torna-se objeto de tentativa de uma abordagem mais efetiva neste projeto de lei.

No § 4º, do art. 4º, estabelece-se a garantia de participação de representantes especialistas das associações de proteção dos consumidores, às expensas da autoridade regulatória.¹³⁸ A finalidade de tal dispositivo é a tentativa de incutir a visão dos consumidores na formulação das soluções regulatórias.

Muito embora tal iniciativa possa ser restringida por questões orçamentárias, trata-se de saudável incentivo ao debate regulatório e suas conseqüências nas relações de consumo.

A tutela direta do consumidor pelas autoridades regulatórias também está presente na instituição da figura da ouvidoria. Com total independência hierárquica ou de acumulação de funções o Ouvidor atuará nas denúncias e reclamações dos consumidores e usuários no sentido de garantir a qualidade dos serviços prestados nos setores regulados.

Além disso, o ouvidor torna-se figura de apoio às diversas modalidades de controle e supervisão pelos demais órgãos do Poder Executivo e Legislativo, possuindo, para tanto, livre acesso aos diversos assuntos e contar com o apoio administrativo necessário.

Em algumas autoridades regulatórias tal como o BACEN, a instituição da figura da ouvidoria foi determinada também aos agentes regulados, de forma que tal estrutura configura uma ponte de relacionamento direto com a estrutura da autoridade:

¹³⁸ **Projeto de Lei n. 3.337/04.** Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/especial/pl333704>> Acesso em: 10 dez. 2007.

Art. 1º - As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem instituir componente organizacional de ouvidoria, com a atribuição de assegurar a estrita observância das normas legais e regulamentares relativas aos direitos do consumidor e de atuar como canal de comunicação entre essas instituições e os clientes e usuários de seus produtos e serviços, inclusive na mediação de conflitos.¹³⁹

A obrigatoriedade de implementação de controle de registros das reclamações dos usuários, a revisão dos procedimentos por auditorias externas e a manutenção da independência da estrutura no agente regulado, presentes na norma em comento, criam no agente regulado ponto de quase auto-regulação.

As experiências das ouvidorias existentes nas autoridades regulatórias, ainda são objeto de críticas, as quais basicamente referem-se à falta de independência destas estruturas no corpo das autoridades, como afirma Luiz Alberto dos Santos: “as Ouvidorias não têm atuado com o grau de independência desejado, sendo, em alguns casos, excessivamente dependentes das diretorias e estruturas formais das agências,”¹⁴⁰, distorção esta que o projeto de lei tende a corrigir.

5.3.4 Interação para a defesa da concorrência

A abordagem do projeto no que se refere à interação das agências reguladoras independentes e os órgãos de defesa da concorrência é diretamente ligada à intensificação da cooperação entre as autoridades.

O projeto incumbe às agências reguladoras independentes o dever de monitorar as condutas dos agentes regulados relativas a potenciais lesões concorrenciais, porém situando as autoridades em uma posição de subsidiadoras dos órgãos de defesa de concorrência, inclusive expressamente reforçando a posição do CADE como órgão judicante responsável por decidir acerca dos atos de concentração e práticas anticompetitivas.

¹³⁹ **Resolução 3.477 de 26 de Julho de 2007 do Conselho Monetário Nacional.** Dispõe sobre a instituição de componente organizacional de ouvidoria pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www5.bcb.gov.br/normativos/detalhamentocorreio.asp?>> Acesso em: 15 nov. 2007.

¹⁴⁰ SANTOS, Luiz Alberto dos. **Regulando a regulação:** a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. Texto apresentado no IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004, p. 9.

À SDE e SEAE o projeto estabelece a atribuição de “instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica”¹⁴¹, o que ocorria no âmbito de algumas autoridades.

Neste ponto, registre-se a crítica de Cesar Mattos e Bernardo Mueller, ao analisar o impacto da medida no âmbito da ANATEL, acerca do não atendimento do conceito de balcão único (*one stop shop*), que pode elevar o custo da regulação: “Seria mais uma multiplicação indesejável de “balcões”, o que entendemos deve gerar um custo que pode mais do que compensar a eventual agregação de valor técnico, do ponto de vista da defesa da concorrência, à instrução do processo,”¹⁴² os autores evidenciam também a necessidade de reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência com a fusão da SDE e SEAE na instrução dos procedimentos.

A articulação deverá ocorrer também na atividade normativa das agências, pois conforme disposto no §3º, do art. 16 do projeto:

§ 3º. – As Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.¹⁴³

¹⁴¹ **Projeto de Lei n. 3.337/04.** Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce a altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/especial/pl333704>> Acesso em: 10 dez. 2007.

¹⁴² MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. **Regulando o regulador: a proposta do Governo e a ANATEL.** Texto apresentado no XXXII Encontro Nacional de Economia promovido pela Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia (ANPEC). João Pessoa: ANPEC, 2004. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

¹⁴³ **Projeto de Lei n. 3.337/04.** Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce a altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/especial/pl333704>> Acesso em: 10 dez. 2007.

A manifestação preventiva dos órgãos de defesa da concorrência previamente à produção de normas gerais das autoridades, inferiria à regulação técnica o atendimento dos princípios da defesa da concorrência, podendo de forma prévia fechar possíveis brechas para a ocorrência de práticas anticompetitivas ou o estabelecimento de medidas normativas mitigantes ou compensatórias aos eventuais impactos.

Nota-se, portanto, neste projeto, que a opção de alocação de competências regulatórias se deu privilegiando o conceito exposto no modelo 3 da tabela de alocação de competências demonstrada no item 3.2.1, na qual as autoridades setoriais e de concorrência são mutuamente responsáveis pelos aspectos de regulação econômica e defesa da concorrência.

5.3.5 Interação entre as agências federais e agências constituídas pelos demais entes federativos

Como já mencionado no âmbito dos convênios, as agências reguladoras de âmbito não federal são importantes ferramentas para compatibilizar as políticas regulatórias às realidades regionais e guardar a devida proximidade com os agentes regulados e consumidores.

Neste sentido, o projeto estabelece a necessidade de que as agências federais promovam a articulação com as autoridades não federais, prevendo também a possibilidade de delegação de atividades mediante convênio de cooperação.

O principal ponto relacionado à atuação destas autoridades reside no fato da necessidade de que estejam vinculadas às soluções regulatórias adotadas pelas agências federais, primando pela padronização da atividade regulatória.

O projeto é explícito neste ponto: “Na execução das atividades de regulação, controle e fiscalização objeto de delegação, o órgão regulador estadual, do Distrito Federal ou municipal que receber a delegação observará as pertinentes normas

legais e regulamentares federais.”¹⁴⁴ Também os atos normativos expedidos por tais autoridades devem ser compatíveis com os atos emanados do regulador federal.

Para que tal articulação ocorra, entretanto, a proposta exige expressamente que as autoridades regulatórias não federais possuam estruturas e serviços técnicos especializados, de acordo com regulamento a ser definido pela agência federal.

Pela análise das inovações pretendidas com o projeto de lei em comento, não só se constata o atendimento de deficiências pontuais da ação regulatória, como também se põe em pauta a discussão de maior amplitude: a discussão da viabilidade de um diploma legal com a finalidade de padronização a atuação das autoridades reguladoras.

Uma proposta de coordenação geral das autoridades regulatórias, ainda que considerados os aspectos de especificidade técnica de cada setor regulado, apresenta-se viável naquilo que se mostra comum em sua atuação.

Nenhum prejuízo parece existir na adoção de procedimentos padronizados no âmbito das autoridades regulatórias, para atividades como as de formação das normas regulatórias, de instrumentalização da proteção ao consumidor e de relacionamento com os respectivos ministérios.

Ao contrário, tanto a interação horizontal destas autoridades, quanto as relações de controle e coordenação, contariam com maior estabilidade e efetividade na produção de resultados úteis ao atendimento do interesse público.

¹⁴⁴ **Projeto de Lei n. 3.337/04.** Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/especial/pl333704>> Acesso em: 10 dez. 2007.

CONCLUSÃO

Na configuração contemporânea das funções do Estado, a regulação apresenta-se como relevante instrumento para garantia do desenvolvimento e estabilidade necessários ao atingimento dos objetivos públicos econômicos e sociais.

Para exercício desta regulação de forma eficiente, demandou-se a reestruturação da máquina administrativa estatal pela descentralização desta atividade, dada a necessidade de ferramentas ágeis e eficazes de atuação regulatória.

Especial importância deve ser dada na atividade de alocação de competências das autoridades descentralizadas, pois a complexidade cada vez maior dos mercados, bem como a necessidade de alinhamento da atuação regulatória à execução dos diversos interesses estatais, demanda destas autoridades uma atuação estável e coerente, características não compatíveis com a insegurança gerada pelos conflitos de competência ou excessiva multiplicidade de agentes.

No exercício de suas competências regulatórias, as autoridades que exercem esta função foram dotadas de diversos graus de autonomia e independência para o melhor desempenho destas atribuições e são atoras de peculiar gama de relacionamentos com as demais entidades do poder público.

No âmbito destes relacionamentos, ainda que as características de autonomia e independência sejam importantes para o desempenho regulatório, a integração dos agentes com os demais órgãos estatais tende a garantir maior coerência e efetividade na implementação de políticas públicas.

No que tange aos relacionamentos horizontais, a celebração de convênios operacionais, como o exemplificado BACENJUD, pode viabilizar importantes avanços nas melhorias das funções estatais, muitas vezes não ligadas diretamente à finalidade regulatória da autoridade, explorando-se seu posicionamento de proximidade com o Mercado.

Do mesmo modo, os convênios também possibilitam a interação entre as autoridades de âmbito nacional e as demais autoridades estatais, municipais ou do distrito federal. Tal interação é capaz de proporcionar a coerência da política regulatória nacional à diversidade regional brasileira.

Além da formalização de convênios, as autoridades em sua atuação devem procurar intensificar sua participação nos processos legislativos e judiciais, pois podem contribuir para uma melhor escolha pública de soluções, evitando-se que o desconhecimento das especificidades do setor venha a ocasionar a produção de normas ou decisões judiciais inapropriadas.

A incorporação de instrumentos de atendimento e defesa do consumidor na estrutura das autoridades, bem como a integração com os diversos órgãos de proteção do consumidor, ainda é insuficiente. O tratamento das denúncias e demandas dos consumidores pelas autoridades, além de traduzir o atendimento deste relevante interesse estatal, pode servir adicionalmente como fonte de informação para melhoria e desenvolvimento da política regulatória.

Neste sentido, o fortalecimento das ouvidorias nas autoridades regulatórias apresenta-se como solução viável à criticada falta de priorização do atendimento dos consumidores.

Em um cenário ideal, a cobertura dos interesses estatais manifestados nas políticas públicas deve ser transformada e formalizada por intermédio do contrato de gestão, que apesar de sua imprecisa abordagem jurídica, pode expressar de forma explícita o alinhamento da política regulatória e políticas públicas, fortalecendo a integração das autoridades independentes e seus respectivos ministérios.

Além de representarem instrumento de acompanhamento destes resultados, resultariam de consenso e, portanto, com sensível probabilidade de um maior nível de comprometimento dos agentes envolvidos.

Há que se reconhecer, entretanto, que há limites à autonomia e independência das autoridades nas execuções de suas atribuições, que devem estar refletidos nos mecanismos de controle da atuação regulatória.

O controle judicial da atuação regulatória deve ser exercido, inclusive no que tange ao caráter meritório das soluções regulatórias adotadas, uma vez que a

discrecionariedade técnica não pode impossibilitar o conhecimento dos fatos relevantes para a decisão judicial. Restringir a viabilidade desta análise, como já mencionado, impediria o julgador de analisar a validade do ato pela impossibilidade de acesso ao seu motivo.

A atuação dos tribunais de contas está ligada à fiscalização das atividades sob os aspectos da gestão de recursos públicos e neste âmbito a regularidade das questões financeiras e orçamentárias das autoridades regulatórias. Não haveria, portanto, atribuição legal de que esse órgão venha a fiscalizar o desempenho regulatório destas autoridades, ainda que como já ressaltado tal controle seja recomendável.

No âmbito do Poder Executivo, recentemente entendeu-se pela possibilidade de controle direto por intermédio de recurso hierárquico impróprio dos atos das agências reguladoras independentes, direcionado ao ministério a que esta estiver vinculado.

Embora o parecer da AGU tenha explicitamente limitado a recorribilidade aos casos de descasamento da atuação das agências com as políticas públicas, tal mecanismo tem o potencial de afetar a atuação independente destas autoridades. A atuação imprópria dos ministérios pode ocasionar o efeito de captura indesejado no âmbito regulatório, razão pela qual o manejo de tais recursos deveria estar vinculado à existência de previsão legal expressa.

Uma das questões centrais do relacionamento das autoridades regulatórias e as demais entidades do poder público passa necessariamente pela análise de viabilidade de edição de um diploma legal uniforme às autoridades regulatórias.

Embora uma normatização desta natureza que contemplasse a padronização de toda a atividade regulatória seja inviável, existem atividades comuns a todas as autoridades que poderiam ser objeto de uniformização.

Os procedimentos de formação da norma, de caráter relevante para o incremento da legitimidade na atuação regulatória, a questão da transparência, o atendimento ao consumidor e os relacionamentos com as demais funções do poder público, parecem ser passíveis de uniformização por intermédio de legislação específica.

Superada a necessária fase de descentralização das atividades estatais, o próximo passo lógico parece ser a implementação de um sistema de coordenação destes agentes descentralizados, e a pluralidade de instrumentos em legislações esparsas não contribui para a formação de uma única racionalidade para esta coordenação.

Ainda que o Projeto de Lei 3337/04 seja um começo, nada mais do que isso, parece lícito afirmar que aponta para o caminho que aqui está sendo ressaltado: a necessidade de uma coordenação geral das autoridades reguladoras e seus relacionamentos.

Dessa coordenação parece depender a realização do conteúdo expresso nas políticas públicas, das quais a regulação é apenas um instrumento, e deve ser utilizada de modo a garantir o máximo de promoção destes objetivos com o mínimo de intervenção possível.

Sem pretender, em absoluto, o esgotamento de um tema crescentemente discutível, visou o presente texto estabelecer os principais traços do posicionamento das autoridades regulatórias e seus relacionamentos com outras entidades do poder público e manifestar um convite à reflexão do papel destas autoridades na superação dos desafios econômicos e sociais da realidade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARIÑO, Gaspar; CUÉTARA, Juan Miguel de la; NORIEGA, Raquel. **Nuevo papel del Estado em sectores regulados**. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005.

BAGNOLI, Vicente. **Autonomia e independência das agências reguladoras**. São Paulo: Faculdade de Direito Mackenzie, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Discrecionariade e controle jurisdiccional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>> Acesso em: 21 jul. 2006.

BINEBOJM, Gustavo. A dimensão do *Amicus Curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível em: [ttp://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)> Acesso em: 21 Fev. 2008.

_____. (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. AGU/LA-01/2001 (Anexo ao Parecer GM-020)** – Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. (art.41). Processo n. 00001.006908/2000-25. Consultor: Luiz Alberto da Silva. Diário Oficial nº 80-E, de 25 de abril de 2001.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. AGU/AC-51/2006**. Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Processo n. 50000.029371/2004-83. Consultor: Marcelo de Siqueira Freitas. Diário Oficial, Seção 1 p.1-11, de 18 de junho de 2006.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Manole, 2004.

BRASIL. Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979. Institui o programa nacional de desburocratização e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 18 de julho de 1979.

BRASIL. Decreto n. 91.991, de 28 de novembro de 1985. Dispõe sobre o processo de privatização de empresas sob o controle direto sobre o controle direto ou indireto do Governo Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 de novembro de 1985.

BRASIL. Decreto n. 93.606, de 21 de novembro de 1986. Altera o decreto de 91.991 de 28 de novembro 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 de novembro de 1986.

BRASIL. Decreto n. 95.886, de 29 de março de 1988. Dispõe sobre o Programa Federal de Desestatização, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 30 de novembro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 de dezembro de 1964 (Ed. Extra).

BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 abr. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 12 set. 1990. Título IV.

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 de junho de 1994.

BRASIL. Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 de dezembro de 1996.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jul. 1997.

BRASIL. Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 7 de agosto de 1997.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 de novembro de 1999.

BRASIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 de janeiro de 2000.

BRASIL. Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 fev. 2002.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia pública e reforma gerencial. **Revista do Serviço Público**, número comemorativo dos 50 anos, 2007.

CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.) **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder, O indispensável Direito Econômico, **Revista dos Tribunais**. Vol.353, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.1965.

Convênio de Cooperação Técnico Institucional que fazem entre si o Banco Central do Brasil, Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Federal de Justiça para fins de operacionalização do Sistema BACEN JUD 2.0. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2080>> Acesso em: 7 Jan. 2008.

Convênio nº 001/2007 celebrado entre a ANEEL e a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso (AGER-MT). Disponível em:

<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura_arquivo/default.cfm?idaplicacao=66>

Acesso em: 06 jan. 2008.

CORTEZ, Thiago Machado. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício das funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out./dez.2002.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista de Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev/mar/abr, 2007, p. 14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados** – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Estatuto da ABAR - Associação Brasileira de Agências de Regulação, art. 2º, incisos II e IV. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/documentos>> Acesso em: 10 jan. 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 7 dez. 2007.

FERREIRA, Cesar Ribeiro. **Agências reguladoras: setorial ou multissetoriais?** VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002, Disponível em: <<http://www.unpan.org>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A evolução da ordem econômica no direito constitucional brasileiro e o papel das agências reguladoras. **Revista da Advocacia Geral da União – AGU**, v. 6 n. 13 ago. 2007. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2007.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições? Rio de Janeiro: **Revista da Administração Pública**, 40(4):615-30, jul./ago. 2006.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.) **Estudos de regulação pública** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Pesquisa de avaliação divulgada em 7 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O Direito regulatório. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 6, n. 61, mar. 2006.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 9, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. **ABAR** – Associação Brasileira de Agências de Regulação. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/documentos>> Acesso em: 10 jan. 2008.

_____. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, março, 2005.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 10 dez. 2007.

MATIAS-PEREIRA, José. Defesa da Concorrência e Regulação Econômica no Brasil. **Revista de Administração Mackenzie**, ano 5, n.1, São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2004.

MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. **Regulando o regulador**: a proposta do Governo e a ANATEL. Texto apresentado no XXXII Encontro Nacional de Economia promovido pela Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia (ANPEC). João Pessoa: ANPEC, 2004. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Editora Singular, 1997.

_____. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, 2005.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.) **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Arnaldo. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **As agências executivas brasileiras e os “contratos de gestão”**. Revista dos Tribunais, v. 814. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Agências administrativas, poder regulamentar e Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 218, out/dez 1999.

_____. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Renovar, v. 2, abr./jun. 2006.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Medina, 1997.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: STUNFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da concorrência e regulação**: o caso do setor bancário. Relatório de Pesquisa n. 49. São Paulo: EAESP/FGV/NPP - Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. A privatização tem jeito. Brasília: IPEA. mai.1994.

PRADO, Otávio. Agências reguladoras e transparência: a disponibilização de informações pela Aneel. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 40, p. 643. jul./ago. 2006.

Projeto de Lei n. 3.337/04. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/especial/pl333704>> Acesso em: 10 dez. 2007.

PRZEWORSKI, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

Resolução 3.477 de 26 de Julho de 2007 do Conselho Monetário Nacional. Dispõe sobre a instituição de componente organizacional de ouvidoria pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www5.bcb.gov.br/normativos/detalhamentocorreio.asp?>>> Acesso em: 15 nov. 2007.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. São Paulo: Interesse Público - **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 33, p. 349-350, set./out. 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.) **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Regulando a regulação:** a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. Texto apresentado no IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE.** Belo Horizonte: ano 2, n. 8, 2004.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da concorrência e regulação de serviços públicos. **Revista eletrônica de Direito Administrativo e Econômico.** Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações:** investigação sobre sua natureza e suas causas, vol. I. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo regulatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Função regulatória. **Revista Diálogo Jurídico.** Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, n. 221, jul/set. 2000.

Termo de compromisso que entre si celebram o CADE e a ANEEL para cooperação institucional em ações conjuntas na defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura_arquivo/default.cfm?idAplicacao=4 Acesso em: 08 Jan. 2008.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Estudo das empresas mais acionadas no Poder Judiciário realizada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://tj.rj.gov.br> Acesso em: 12 jan. 2008.